



1859

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“EL PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ART. 57, VULNERA PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO EL DE TRATO JUSTO, IGUALDAD Y TRANSPARENCIA, YA QUE CONSIENTE A LA AUTORIDAD NOMINADORA ACTUAR DE MANERA DISCRECIONAL Y POR ENDE PERMITE DIRECCONAR CONTRATOS.”

Tesis Previa a la Obtención Del
Título De Abogado

AUTOR:

Franklin Giovanni Jaramillo Lagos

DIRECTOR:

Dra. María Antonieta León Ojeda

Loja-Ecuador

2015

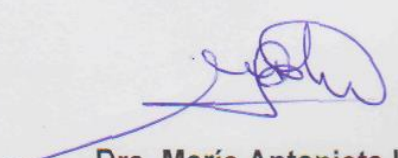
CERTIFICACIÓN

Dra. María Antonieta León Ojeda, DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA Y DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación realizado por el señor Franklin Giovanny Jaramillo Lagos, titulado: **"EL PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ART. 57, VULNERA PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO EL DE TRATO JUSTO, IGUALDAD Y TRANSPARENCIA, YA QUE CONSIENTE A LA AUTORIDAD NOMINADORA ACTUAR DE MANERA DISCRECIONAL Y POR ENDE PERMITE DIRECCONAR CONTRATOS"**. Cumple con todos los requisitos de fondo y forma establecidos por la modalidad de estudios a distancia, en la carrera de derecho, para esta clase de trabajos, por lo que autorizo su presentación.

Loja, Junio del 2015.


**Dra. María Antonieta León Ojeda.
DIRECTOR (a) DE TESIS.**

AUTORÍA.

Yo, Franklin Giovanni Jaramillo Lagos, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la universidad nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la universidad nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio institucional-biblioteca virtual.

Autor: Franklin Giovanni Jaramillo Lagos

Firma: 

Cédula: 1710810167

Fecha: Loja, junio del 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

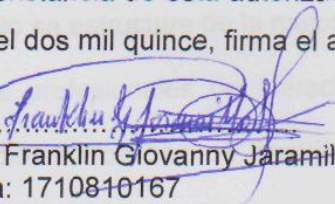
Yo, Franklin Giovanni Jaramillo Lagos declaro ser autor de la tesis titulada: "EL PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ART. 57, VULNERA PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO EL DE TRATO JUSTO, IGUALDAD Y TRANSPARENCIA, YA QUE CONSIENTE A LA AUTORIDAD NOMINADORA ACTUAR DE MANERA DISCRECIONAL Y POR ENDE PERMITE DIRECCIONAR CONTRATOS" como requisito para optar al grado de: **Abogado**: autorizo al sistema bibliotecario de la universidad nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el repositorio digital institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 24 días del mes de junio del dos mil quince, firma el autor:

Firma:



Autor: Franklin Giovanni Jaramillo Lagos

Cédula: 1710810167

Dirección: Quito, parroquia Calacalí, calles: Rocafuerte y Olmedo.

Correo electrónico: fjaramillo@iess.gob.ec

Teléfono: 022306028 Celular: 0988455384

Datos complementarios

Director de tesis: Dra. María Antonieta León Ojeda.

Tribunal de grado:

Dr. Mg. Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Müller (Presidente)

Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda (Vocal)

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos (Vocal)

AGRADECIMIENTO

A la universidad nacional de Loja, en la persona de las autoridades, docentes y administrativos, que laboran en la carrera de derecho de la modalidad de Estudios a distancia.

A mis maestros universitarios, quienes cumpliendo su misión, supieron orientarme hacia el conocimiento de cada una de las áreas del derecho que son indispensables en la formación del futuro abogado, por haber compartido sus experiencias que enriquecen mi intelecto y me motivan a honrar el derecho como forma de alcanzarla justicia.

A la Dra. María Antonieta León Ojeda, por haber asumido con abnegación y entrega, la dirección de esta tesis, demostrando en todo momento su predisposición para guiarme y orientarme en base a su conocimiento y experiencia en el derecho, en la docencia y en la investigación, para que el trabajo se estructure de la mejor forma posible.

A los profesionales del derecho y a las personas que participaron en el estudio, en calidad de encuestados por brindarme sin egoísmos tiempo y aportar con valiosas opiniones acerca del problema investigado. Y en general a todas las personas que contribuyeron para que la ejecución de este trabajo llegue a feliz término.

Con un sentimiento de eterna gratitud.

Franklin

DEDICATORIA

Como un homenaje de amor y de respeto, a Mi Familia, que se ha constituido en el baluarte indispensable en mi vida, para asumir con fortaleza y decisión los retos propuestos y alcanzar las metas anheladas.

A ellos por su cariño, su comprensión y su apoyo.

Franklin

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS

AGRADECIMIENTO

DEDICATORIA

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO.

2. RESUMEN.

2.1. ABSTRACT.

3. INTRODUCCIÓN.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. GENERALIDADES Y CONCEPTOS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

4.1.2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

4.1.3. CONCEPTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

4.1.4. EMERGENCIA.

4.1.4.1. PARA PODER SER DEFINIDO COMO UNA EMERGENCIA, EL INCIDENTE DEBE SER UNO DE LOS SIGUIENTES:

4.1.4.2. TIPOS DE EMERGENCIAS.

4.1.5. LA EMERGENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

4.1.5.1. FUERZA MAYOR.

4.1.5.2. LA FUERZA MAYOR COMO HECHOS DE LA NATURALEZA.

4.1.5.3. CASO FORTUITO.

4.1.5.4. CARACTERÍSTICAS GENERALES.

4.1.5.5. DIFERENCIAS ENTRE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.

4.1.6. CONTRATO.

4.1.6.1. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

4.1.6.2. PRINCIPIOS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

4.2.2. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR Y SUS ORGANISMOS.

4.2.2.1. INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (INCOP).

4.2.2.2. EI SERCOP.

4.2.2.3. PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS.

4.2.3. SOBRE LOS MECANISMOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES NORMALES.

4.2.4. DISPOSICIONES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS.

4.2.5. FASES COMUNES A LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES NORMALES.

4.2.5.1. PRIMERA FASE: FASE PRECONTRACTUAL.

4.2.5.2. SEGUNDA FASE: FASE DE EJECUCIÓN.

4.2.5.3. TERCERA FASE: FASE DE EVALUACIÓN.

4.2.6. SOBRE EL MECANISMO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA.

4.2.7. COMPARACIÓN ENTRE EL MECANISMO NORMAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL MECANISMO POR EMERGENCIA.

4.2.8. REFLEXIÓN SOBRE EL USO DEL MECANISMO DE EMERGENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. CONSTITUCIÓN.

4.3.2. LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

4.3.3. LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. LEGISLACIÓN CHILENA.

4.4.2. LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

4.4.3. LEGISLACIÓN PERUANA.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. MÉTODOS.

6. RESULTADOS.

6.1. RESULTADOS DE APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA.

8. CONCLUSIONES.

9. RECOMENDACIONES.

9.1. PROPUESTA JURÍDICA DE REFORMA.

10. BIBLIOGRAFÍA.

11. ANEXOS.

ÍNDICE.

1. TÍTULO.

“EL PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ART. 57, VULNERA PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO EL DE TRATO JUSTO, IGUALDAD Y TRANSPARENCIA, YA QUE CONSENTE A LA AUTORIDAD NOMINADORA ACTUAR DE MANERA DISCRESIONAL Y POR ENDE PERMITE DIRECCIONAR CONTRATOS.”

2. RESUMEN.

La contratación pública por situaciones de emergencia en el país es una forma de poner en práctica un procedimiento especial con el fin de superar las situaciones de peligro que se presentan. El presente trabajo implica el análisis de los mecanismos que poseen las entidades para hacer viable este tipo de procedimiento y llevar adelante las diferentes contrataciones, estos procesos que, sin estar al margen de la Ley, están exentos de ciertas formalidades y requisitos.

El surgimiento de situaciones emergentes hace que se tomen decisiones valiéndose de leyes, decretos, estatutos, reglamentos, resoluciones etc. con el fin de solucionar las diferentes coyunturas.

El tema propuesto implica el estudio de uno de los procedimientos de excepción, como lo son las contrataciones en situaciones de emergencia, analizado desde el punto de vista legal en equilibrio con el interés público.

Además, éste trabajo se enfoca a determinar la importancia de tener presente los principios de legalidad, transparencia, igualdad y trato justo; ya que en las situaciones emergentes, no se pueden prolongar de manera indefinida la toma de decisiones sino, el tiempo suficiente y necesario para la superación del problema con la búsqueda y el análisis de los medios más idóneos a utilizarse para que exista un efectivo control interno y externo.

2.1. ABSTRACT.

Public procurement for emergencies in the country is a way to implement a special procedure in order to overcome the hazards presented. This work involves analysis of the mechanisms for entities to make possible this type of procedure and carry out the various recruitment processes that, without being outside the law, are exempt from such formalities and requirements.

The rise of emerging situations that decision are made taking advantage of laws, decrees, statutes, regulations, resolutions to resolve the various joints.

The proposed topic involves the study of one of the emergency, such as contracts in emergency situations, analyzed from a legal perspective in balance with the public interest.

In addition, this work focuses on determining the importance of having in mind the principles of legality, transparency, equality and fair treatment, because in emergent situations, you cannot extend indefinitely the decision-making but, long enough and necessary to overcome the problem with the search and analysis of the most suitable to be used for the existence of an effective internal and external control.

3. INTRODUCCIÓN.

Sin duda alguna que en nuestro País, en materia de Contratación Pública estaba regido por una legislación obsoleta, que no respondía a la realidad contemporánea y que se prestaba para prácticas oscuras y desleales, que lo único que hacían es perjudicar al Estado y consecuentemente a la mayoría de ciudadanos. Ante ésta realidad en el año 2008, con gran acierto se crea y aprueba la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que trae consigo innovaciones muy importantes como el uso de procedimientos electrónicos, enfocados a la adaptación a una realidad de la sociedad moderna, lo que promueve y facilita la participación de más contratistas, mejora los procesos y fomenta la eficiencia y economía del Estado.

Sin embargo, a pesar de haberse logrado grandes ventajas en contratación pública, también es cierto que falta que se profundice en su tratamiento, análisis, en su búsqueda de mejoramiento, debido que existen incongruencias tanto en la Ley como en su Reglamento de Contratación Pública, que necesitan ser analizadas, para buscar soluciones, que ayuden a mejorar y tener una norma eficaz, eficiente, que permita cumplir con el fin que tiene la Administración Pública. Este trabajo investigativo titulado **“EL PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ART. 57, VULNERA PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO EL DE TRATO JUSTO, IGUALDAD Y TRANSPARENCIA, YA QUE CONSENTE A LA AUTORIDAD NOMINADORA ACTUAR DE MANERA DISCRECIONAL Y POR ENDE PERMITE**

DIRECCIONAR CONTRATOS”, es fruto de un minucioso análisis de las normas legales atinentes al tema planteado, y también de un tratamiento exhaustivo de la doctrina existente alrededor de la temática, de tal manera que la misma ha sido estructurada en forma metodológica, cumpliendo los requerimientos de la Universidad Nacional de Loja a la cual nos debemos.

Es así que en primer lugar analizaremos la bibliografía que hemos podido recopilar, de tal manera que se hará referencia al Marco Conceptual, en el que se analizarán algunos conceptos generales relacionados con el tema, conceptos de contratación pública. En el Marco Doctrinario, hablaremos de temas tales como los siguientes: La Contratación Pública en el Ecuador a partir de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador y sus Organismos. Ya en el Marco Jurídico, hablaremos de las Contrataciones en Situaciones de Emergencia según la legislación vigente; y en cuanto a la legislación comparada analizaremos las legislaciones de Chile, en los aspectos relacionados a nuestro tema investigativo. En los materiales y métodos daremos a conocer de qué manera han sido aplicados los métodos que se anunciaron en la fase de planificación específicamente en la metodología determinada en el proyecto de investigación. En los resultados daremos a conocer los datos que han arrojado la aplicación de las técnicas de la encuesta y la entrevista, los mismos que serán presentados a través de cuadros estadísticos, para posteriormente ser analizados exhaustivamente, y realizar el estudio de algunos casos relacionados con el tema planteado.

En la discusión nos dedicaremos a verificar el cumplimiento de los objetivos es decir las metas que nos trazamos alcanzar al empezar la labor investigativa a través de la verificación de los objetivos, así como también se realizará la contrastación de la hipótesis, es decir verificaremos si la conjetura que encierra causas y efectos del problema planteado es válida.

Para finalizar este estudio se darán a conocer las conclusiones que son las ideas principales en las que se encierra esta investigación, para posteriormente emitir las recomendaciones y por último la propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador, en su parte pertinente a las contrataciones en situaciones de emergencia.

4. REVISIÓN DE LA LITERATURA.

4.1 MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. GENERALIDADES Y CONCEPTOS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La contratación pública tiene su origen en el naciente Estado ecuatoriano de 1830, no obstante su avance paulatino se desarrolló con la primera Ley de Licitaciones de 1964, sin embargo, es en 1990 donde se hace mención disponer de un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la Contratación Pública para solucionar las dudas y vacíos de leyes anteriores, esta fue la denominada Ley de Contratación Pública, la misma que fue reformada en el 2003 y derogada en agosto de 2008, para ser sustituida por la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida en el Registro Oficial Nro. 395 de 4 de agosto de dos mil ocho, constituye la base del Sistema Nacional de Contratación Pública, integrado por un cuerpo normativo y una entidad reguladora.

El Presidente de la República expidió el Reglamento General de la LOSNCP mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Suplemento del R.O. 399, de 8 de agosto de 2008, reformado por Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial 588 de 12 de mayo de 2009.

Por disposición de la Ley y el Reglamento General, se dispone que el INCOP como se denominaba anteriormente y ahora llamado Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) sea el Órgano Rector del Sistema Nacional de Contratación Pública con capacidad normativa para ejercer sus atribuciones; instancia que propone un cambio de concepto de corte radical, en cuanto al régimen de compras públicas.

Este sistema trae consigo nuevas reformas como es el uso de procedimientos electrónicos y herramientas tecnológicas, los principios, normas, mecanismos, hechos que no solamente modernizan la contratación administrativa, sino que se adaptan a la sociedad moderna, al sistema de globalización, temas que si bien dan un avance, pero no es lo suficiente, ya que existen incongruencias, tanto en la Ley como en su Reglamento de Contratación Pública, que necesitan ser analizadas, para buscar soluciones, que ayuden a mejorar y tener una norma eficaz, eficiente y sobre todo que pueda transparentar los procesos mediante los cuales se puede contratar y también que permita cumplir con el fin que tiene la Administración Pública como es satisfacer las necesidades colectivas e institucionales y así evitar falencias, que pueden afectar a las partes contratantes, y que se profundice en su tratamiento, análisis, en su búsqueda de su mejoramiento.

4.1.2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR A PARTIR DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Antes de la expedición de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el régimen jurídico que regulaba la Contratación Pública constaba de

varios cuerpos normativos a saber:

- La Ley de Contratación Pública, que regulaba la compra de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obra.
- La Ley de Consultoría, que regulaba la contratación de servicios de consultoría.

Procedimientos de contratación establecidos en las Leyes Especiales, para objetos de contratación específicos (Ejemplo. Seguros), para actividades de carácter especial o estratégico (seguridad interna y externa, seguridad social, industria hidrocarburífera).

La derogada Ley de Contratación Pública contemplaba procesos de contratación diseñados específicamente para ejecución de obras, mas no para la compra de bienes, ni la contratación de servicios, lo cual complicaba los procesos y se requería de mucho tiempo para realizar la contratación en principios simples y concurrentes. Las leyes anteriores establecían que cada entidad contratante actuara según el reglamento interno de contratación, sin normativa ni criterios comunes a todas las entidades públicas.

Estas normativas internas permitían que cada entidad administre un registro de proveedores, sin requisitos homologados ni normas de control que garanticen el derecho a todos los ecuatorianos a ser proveedores del Estado y sus

instituciones.

La planificación no era obligatoria en la contratación Pública; lo que derivaba en el uso intensivo de procedimientos de contratación directa aplicados a compras, lo cual concebido en la lógica de planificación anual era objeto de procesos más reglados y con mayor concurrencia, otra consecuencia de la falta de planificación consistía en que, los proveedores no podían planificar su estrategia de provisión y toda acción tenía que improvisarse, sin procedimientos explícitos ni normativa reguladora, no se podía, por lo tanto, evaluar los procedimientos ni aplicar veedurías.

Por lo expuesto la Contratación Pública en el Ecuador se ejecutó en una forma obsoleta y rudimentaria y se mantuvo al margen de las innovaciones normativas y tecnológicas de otros países, incluidos varios de la región latinoamericana. A la problemática descrita se añade que el uso de las herramientas informáticas en los procesos de contratación era prácticamente inexistente.

Hasta Agosto del 2008, el Ecuador no ha generado indicador alguno respecto a las compras públicas, debido a la falta de un sistema de procedimientos reguladores para las entidades contratantes. Por lo tanto, con la nueva LOSNCP, se pretende obtener estos cambios y lograr una eficiente y adecuada contratación.

4.1.3. CONCEPTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La Contratación Pública: se refiere a “todo procedimiento de adquisición de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de

consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. También serán de adquisición de bienes los contratos de arrendamiento mercantil con opción de compra”¹.

En base a lo manifestado en el concepto anterior se puede deducir que la contratación pública de acuerdo a lo que dispone la normativa vigente es el medio por el cual los entes estatales que constan dentro del ámbito de esta ley pueden contratar la adquisición de bienes, las prestación de servicios, obras civiles y también incluye la consultoría, por lo que es pertinente rescatar que todas estas figuras jurídicas se encuentran normadas dentro de un mismo cuerpo legal y que se puede disponer de varios procedimientos para la contratación de las mismas, no obstante lo que ocurría anteriormente con la fenecida Ley de contratación pública, que de esta se derivaban varias leyes especiales que eran utilizadas de acuerdo al requerimiento y la necesidad de lo que se iba a adquirir.

Para el Dr. Efraín Pérez, uno de los pocos personajes que ha investigado sobre la contratación pública en nuestro país, manifiesta: “Hablar de contratación pública es hablar de dinero e intereses en juego tanto para oferentes o proveedores, como también para ciertos funcionarios públicos, y más aún si estos procesos son por emergencia”².

¹ Corporación de Estudios y Publicaciones, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador, p.7. Art. 6

² PÉREZ, Efraín. Los Procedimientos de Contratación Pública. Editoriales y Publicaciones Nacionales Quito-Ecuador, 2010

De toda la recopilación de documentos, textos y varias obras en el ámbito administrativo revisadas para la realización del presente trabajo investigativo, encontramos que la definición o el concepto más acertado es el descrito en el párrafo anterior por parte del investigador ecuatoriano Dr. Pérez, ya que considera hechos y acontecimientos reales los mismos que ocurren en el cotidiano vivir del mundo de la contratación pública, si bien es cierto todos los procedimientos constantes en la LOSNCP, para la adquisición y arrendamiento de bienes, prestación de servicios, obras civiles y contratación de consultorías se los realizan por medio de la herramienta tecnológica denominada Portal de Compras Públicas, excepto el procedimiento de ínfima cuantía que luego de su adjudicación y la legalización de la adquisición por medio de la factura se publica a través del Portal. Pero es imposible dejar de lado el recurso humano en esta clase de procedimientos ya que sigue interviniendo en una gran parte del proceso, como es en el pedido de lo que se va a contratar, en la calificación de ofertas e incluso en la adjudicación y por tanto mientras exista esta intervención que viene acompañada de varios tipos de intereses entre ellos personales de proveedores, funcionarios públicos, etc., seguirán existiendo casos de corrupción y por lo tanto nunca se podrán transparentar los procesos de contratación pública y peor los de emergencia que se contratan de manera directa con la anuencia de la máxima autoridad de la institución requirente.

Y a pesar de que Ecuador y varios países latino americanos en décadas anteriores firmaron un acuerdo en la Convención Interamericana contra la corrupción. En el caso de nuestro país éste la firmó el 29 de marzo de 1996 y la ratificó el 26 de mayo de 1997, en el periodo de tiempo comprendido entre el

gobierno del presidente Abdalá Bucaram y el gobierno del presidente interino Fabián Alarcón. Este tratado se origina a raíz de la necesidad de evitar las prácticas frecuentes de corrupción a nivel mundial, la ruptura de la honestidad en las instituciones públicas y el enriquecimiento ilícito de toda persona, a más de la cooperación intergubernamental para erradicar la corrupción y evadir la impunidad de esos delitos.

Dentro de los preceptos legales de esta convención se establece que se tendrán que implementar sistemas para la contratación de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren publicidad, equidad y eficiencia. El Ecuador, mediante decreto ejecutivo No.122 del 19 de Febrero de 2003, ordena la implementación de un primer sistema informático llamado Contratanet, pero con una ley de contratación pública de 2001 un tanto desactualizada, y con un sistema informático bastante deficiente en cuanto al tema de control y transparencia, no es sino hasta el año 2008 que evoluciona el sistema de contratación pública con la creación de la LOSNCP. Casi de forma inmediata se crea el Instituto Nacional de Compras Públicas y su portal digital de Compras Públicas, donde todas las entidades del sector público empezaron a adquirir bienes y servicios incluidos los de consultoría, enmarcados en los principios de la convención anticorrupción, la constitución ecuatoriana y la nueva ley de contratación pública. Pero no fue necesario esperar mucho tiempo para que los primeros escándalos de posible corrupción recorran los titulares de prensa, al constituyente se le olvidó el arreglar un problema de la anterior ley, la contratación pública por situaciones de emergencia, que la definió, y no tomó en cuenta el procedimiento de elección para los oferentes, no impuso sanciones en caso de no publicación de la

información de forma expresa, se cree también que el constituyente cometió un grave error al eliminar la facultad de control previo a declarar una emergencia por parte de la Contraloría General del Estado.

4.1.4. EMERGENCIA.

Emergencia es: “Cualquier suceso capaz de afectar el funcionamiento cotidiano de una comunidad, pudiendo generar víctimas o daños materiales, afectando la estructura social y económica de la comunidad involucrada y que puede ser atendido eficazmente con los recursos propios de los organismos de atención primaria o de emergencias de la localidad. Aparece cuando, en la combinación de factores conocidos, surge un fenómeno o suceso que no se esperaba, eventual, inesperado y desagradable por causar daños o alteraciones en las personas, los bienes, los servicios o el medio ambiente, sin exceder la capacidad de respuesta de la comunidad afectada. Se definen tres posibles estados de conducción que se producen en la fase de emergencia: pre alerta, alerta y alarma”³.

De esta primera definición de emergencia podemos manifestar que el término en mención está claramente expuesto como un hecho o acontecimiento que no fue previsto y que las consecuencias de este mismo hecho pueden causar o generar daños de carácter material, afectar el normal y correcto desenvolvimiento de todos quienes conformamos esta sociedad. Además las emergencias pueden

³ DICCIONARIO JURÍDICO EDUCATIVO, Colección Anbar, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Quito-Ecuador, 2010, pág.89.

ser producto de fenómenos naturales y también se pueden causar por distintas actividades realizadas por los seres humanos.

Entre otro de los conceptos considerados importantes se manifiesta que **emergencia** es: “una situación que presenta un riesgo inmediato para la salud, vida, propiedad o medioambiente. La mayoría de emergencias requieren intervención urgente para así prevenir un empeoramiento de la situación actual, aunque en algunas ocasiones la mitigación puede no ser posible, y los actores humanitarios deberán procurar el cuidado por las futuras posibles consecuencias.

Mientras que algunas emergencias son evidentes (tales como un Desastrenatural que Amenaza a muchas vidas), en muchos Incidentes más pequeños se requiere la opinión subjetiva de un observador (o parte afectada) para poder tomar la decisión sobre si se califica como una emergencia o no.”⁴

El presente concepto ya abarca otros aspectos muy importantes como es el caso de la emergencia con respecto a la salud y por ende el peligro que correlavida humana en los casos de emergencia. De esta manera todo hecho considerado como emergencia requiere una urgente intervención para que lo acontecido no empeore y se pueda subsanar en beneficio lógicamente de toda la sociedad o comunidad afectada.

⁴ <http://definicion.de/Emergencia/>

4.1.4.1. Para poder ser definido como una emergencia, el incidente debe ser uno de los siguientes:

- “Una Amenaza inmediata a la vida, la salud, la propiedad o el medioambiente.
- Ya haber producido pérdida de vidas, detrimentos a la salud, daños a propiedades o daños al medioambiente.
- Tener una alta Probabilidad de escalar en impacto para causar un peligro inmediato a la vida, la salud, la propiedad o el medioambiente”⁵.

Es claro y evidente que la mayoría de los servicios de emergencia buscan Proteger la vida, la salud y la propiedad, pero los impactos medio-ambientales no son considerados tan importantes por parte de algunos actores.

Esto también sucede en el caso del bienestar animal, en donde existen varias organizaciones de respuesta a emergencias cubriendo este aspecto a través de la definición de la propiedad, en donde los animales pertenecen a alguna persona y están en amenaza (esta definición no incluye a los animales salvajes). Esto significa que existen varios actores que no diseñarán una respuesta de emergencia cuando animales salvajes o el medioambiente están en peligro (exceptuando aquellas organizaciones y entidades que se encargan de tal tarea).

⁵ IBIDEM.

4.1.4.2. Tipos de Emergencias.

- PELIGRO A LA VIDA.

La mayoría de emergencias causan un peligro inmediato a la vida de las personas involucradas. Esto va desde las emergencias afectando a una sola persona, como las Emergencias médicas incluyendo infartos, hemorragias y traumas físicos, hasta incidentes que impactan a poblaciones grandes como los desastres naturales, incluyendo a Huracanes, Inundaciones y Avalanchas.

La mayoría de actores consideran a estos últimos o sea a los desastres naturales como la prioridad más alta durante emergencias. Por este mismo hecho los desastres naturales desembocan en un sinnúmero de emergencias que ameritan la actuación inmediata de varios actores que deben responder a una emergencia trabajando las diferentes fases de la misma, a través de un sistema de Gerencia de emergencias. Este sistema estipula todo el protocolo que deben seguir los responsables de las emergencias.

- PELIGROS A LA SALUD.

Algunas emergencias no presentan una amenaza inmediata a la vida, pero pueden tener implicaciones serias para la salud y el bienestar de una persona o personas (aunque una emergencia médica puede escalar después a ser una amenaza a la vida).

Las causas de una emergencia de 'salud' son frecuentemente muy parecidas a las causas de una emergencia que amenaza a la vida, tales como emergencias

médicas y desastres naturales, Conflicto armado y otros incidentes. Sin embargo, hay muchos más incidentes en esta categoría, incluyendo fracturas, las cuales a menudo no conllevan a la muerte, pero las cuales requieren de una intervención inmediata para poder tener una recuperación adecuada.

- PELIGROS A LA PROPIEDAD.

Las emergencias no solamente amenazan a las personas, también ponen en riesgo las propiedades de las personas. Por ejemplo, un Incendio en una bodega que ha sido evacuada. La situación se trata como una emergencia dado que se puede expandir a afectar otro tipo de infraestructura, o causar el suficiente daño para perjudicar un negocio (afectando el bienestar de los empleados) y, por ende, un medio de subsistencia.

Muchos actores categorizan a la emergencia afectando a la propiedad como de la más baja prioridad, y puede no tomar tantos riesgos en tratarlo. Por ejemplo, un bombero a lo mejor no entrará a un edificio encendido si saben que está vacío, dado que no se justificaría el riesgo, pero es más probable que entran cuando hay reportes de personas atrapadas, menos que creen que pueden parar la expansión del incendio, o "salvar" el edificio.

- PELIGROS AL MEDIO-AMBIENTE.

Algunas emergencias afectan al medioambiente y la vida animal. No todos los actores humanitarios las consideran como una emergencia real, pero puede tener un impacto devastador sobre los animales y la condición del terreno a largo plazo. Ejemplos de ello pueden ser Incendios forestales y Derrames

petroleros. Analizados todos los tipos de emergencia procedemos a indicar que cualquiera que fuere la situación o circunstancia que pueda determinar un hecho emergente amerita el bloqueo, paralización y reparación inmediata de lo afectado, pero para poder actuar en este tipo de situaciones al menos cuando se encuentran afectados toda clase de bienes de una colectividad que pertenecen a un estado y al menos si atentan contra los bienes jurídicos que protege la Constitución de la República del Ecuador, como son la salud y la vida de los ciudadanos, es necesario que exista una normativa que permita realizar la declaratoria de emergencia con la finalidad de que las contrataciones a los cuerpos colegiados y especializados para iniciar la reconstrucción si fuere el caso se realice de una manera eficaz, eficiente, transparente y en definitiva apegado a los principios fundamentales de la contratación pública.

4.1.5. LA EMERGENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

En la Codificación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se alude al tema de la emergencia en el “Art. 6. Numeral 31. Situaciones de Emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.”⁶

⁶ Corporación de Estudios y Publicaciones. (2008): Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador/ Art. 31.

La característica principal de la situación de emergencia, consiste en que sea “imprevista”, o sea imposible de vaticinar por una persona de experiencia y conocimiento en el campo correspondiente. Así, los eventos de crisis originados en la falta de planificación, negligencia, imprevisión o inexperiencia jamás podrían catalogarse como “emergencias”.

En todas las conceptualizaciones enunciadas en nuestra legislación actual, e inclusive en el campo civil y administrativo, se habla de la emergencia y la relaciona con la fuerza mayor y el caso fortuito que tiene una similitud muy marcada al momento de la interpretación de estos dos términos como un acontecimiento o incidente que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse, impidiendo inevitablemente el cumplimiento de las obligaciones.

4.1.5.1. FUERZA MAYOR.

Según el diccionario jurídico de Cabanellas: “la fuerza mayor se presenta como un aspecto particular del caso fortuito, reservando para éste, los accidentes naturales y hablando de aquella cuando se trata del acto de un tercero por el cual no ha de responder el deudor. Como casos concretos de fuerza mayor se citan el incendio, la explosión, la guerra, los tumultos o sediciones.”⁷

Desde mi punto de vista y enfocando el concepto de fuerza mayor desde una perspectiva general puedo manifestar que este se manifiesta cuando existe un

⁷ CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario de derecho Usual, Tomo IV, 1997 Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires; p.p.130

hecho que impide que la voluntad de dos partes sea llevada a cabo, o sea toda actividad o acontecimiento que interferiría y no permita que lo pactado se ejecute, esto se considerara como Fuerza Mayor.

Para que se configure la fuerza mayor tiene que cumplir con algunos requerimientos tales como, ser de carácter imprevisible, y ocurrir de manera excepcional, además debe ser ajeno a los intereses de cualquiera de las dos partes que pretendan realizar un acto, se considera que se trata de fuerza mayor cuando no se puede impedir.

Es pertinente y necesario además manifestar el concepto que nos entrega el código civil con respecto al significado de Fuerza mayor, “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁸

La fuerza mayor o caso fortuito, por lo general libera a una o a todas las partes de un contrato, de pagar o responder por daños causados por el incumplimiento de una obligación, originado en un hecho constitutivo de fuerza mayor o causa fortuita.

No se puede confundir la fuerza mayor o caso fortuito con la negligencia o la incompetencia, puesto que sólo se puede considerar fuerza mayor y caso

⁸ CODIGO CIVIL, ecuatoriano. Editoriales y Publicaciones Nacionales Quito-Ecuador, 2010, Pág. 14, Art. 30.

fortuito a aquellos hechos a los que no es posible resistirse o que no es posible advertir o preverse. Excepción que configura la regla, pero que abre horizontes para poder precisar que el caso fortuito o fuerza mayor, tanto para el derecho privado cuanto para el derecho administrativo, pueden responder a la acción del hombre como a la naturaleza.

Otra de las definiciones sobre el significado de fuerza mayor la establece el diccionario de la Real Academia nos dice: "que, por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación; fuerza que procede de la voluntad de un tercero", a lo que comparte en parte el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas (2008, p. 170) que define a la fuerza mayor como "todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse" En cuanto a la fuerza mayor el diccionario de la Real Academia nos dice que es "que, por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación; fuerza que procede de la voluntad de un tercero", a lo que comparte en parte el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas (2008, p. 170) que define a la fuerza mayor como "todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse"

4.1.5.2. LA FUERZA MAYOR COMO HECHOS DE LA NATURALEZA.

La fuerza mayor se configura jurídicamente cuando esta ha sido producida por fenómenos naturales como, La sequía, las inundaciones, las lluvias, los temporales, terremotos, las temperaturas extremas, las pestes, las epidemias, la neblina, las plagas, etc., son acontecimientos que de manera singular, confirman aquel perfil "exterior" a que se refiere el presente concepto desde cuya

perspectiva llega a trascender lo normal, la cotidianidad de las cosas, lo común de la naturaleza, todo aquello que rebase el límite de lo permitido.

Como elementos de la Fuerza Mayor o Caso Fortuito se ha llegado a admitir tres elementos constitutivos de la fuerza mayor:

- Lo exterior del hecho.
- La imprevisibilidad y la
- Irresistibilidad (lo inevitable).

En el contrato público, la exterioridad del acontecimiento conlleva a precisar que el contratista no tuvo participación directa ni indirecta en la ejecución del hecho, y que el Contratista, de ser el caso, haya realizado alguna acción tratando de evitarlo.

Refiriéndonos a estos elementos podemos citar que: “La fuerza mayor o caso fortuito, en estos casos, aparecen promovidos, en lugar de la naturaleza o por los hombres, por el mismo Estado, exhibiéndose la como entidad de sustancia jurídica. En el caso de los actos estatales modernos, no son los actos personales de un monarca, menos de un príncipe; la expresión utilizada es anacrónica y sin vigencia jurídica.”⁹

La frase sigue rigiendo por el concepto mítico que representay por los procesos de inestabilidad política, jurídica, económica e institucional que se vive en

⁹ FIORINI, Bartolomé.- Derecho Administrativo.- Tomo I; Ed. AbeledoPerrot; 1996; Buenos Aires.

nuestras regiones.

4.1.5.3. CASO FORTUITO.

Antes de proceder a analizar lo que significa el caso fortuito es pertinente manifestar que nuestra legislación vigente considera como sinónimos al caso fortuito y la fuerza mayor, pero realizando el estudio correspondiente se puede llegar a determinar algunas diferencias.

La enciclopedia libre Wikipedia lo define de la siguiente manera: “El caso fortuito existe cuando el suceso que impide el cumplimiento de la obligación, no era previsible usando de una diligencia normal, pero, de haberse podido evitar, se habría evitado.”¹⁰

Con este concepto podemos establecer que el caso fortuito es el escalón posterior a la fuerza mayor, porque es aquel evento que no pudo ser previsto y que de haberlo hecho tampoco se podría haber evitado. Como ya manifesté en líneas anteriores la propia ley habitualmente les da un tratamiento similar, e incluso a veces confunde ambos casos.

4.1.5.4. CARACTERÍSTICAS GENERALES.

Entre las características generales del caso fortuito podemos determinar las siguientes:

¹⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Caso_fortuito

➤ **INEVITABILIDAD.**

“El hecho debe ser imposible de evitar aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales en relación al hecho de que se trata considerando las circunstancias concretas de lugar, tiempo, y persona. Adviértase que si consideramos la culpa como la omisión de las diligencias que debieron adoptarse para prever o evitar el daño, no habrá culpa, y si caso fortuito, cuando no obstante aplicar esa conducta el hecho resulta inevitable. Que el hecho sea extraordinario o anormal no es un carácter distinto de la imprevisibilidad e inevitabilidad, sino que señala precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse. Lo que sale de lo normal y del curso ordinario de las cosas, no es dable prever.”¹¹

➤ **HECHO AJENO.**

El hecho debe ser ajeno al presunto responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa. De otra manera estaríamos en una hipótesis que no es precisamente "causa ajena", que los romanos denominaban *casus dolusvel culpa determinatus*.

Tanto la inevitabilidad y hecho ajeno son circunstancias que configuran y diferencian al caso fortuito de la fuerza mayor, pero que tal acontecimiento determina la responsabilidad, las consecuencias legales y sancionatorias, que se puedan establecer de acuerdo al caso objeto de litigio.

¹¹http://es.wikipedia.org/wiki/Caso_fortuito

4.1.5.5. DIFERENCIAS ENTRE CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.

Si bien ambos conceptos son difusos y en muchos casos la legislación los confunde, la doctrina jurídica coincide en señalar que si bien en ocasiones se puede obligar a un deudor a cumplir una obligación que incumplió por caso fortuito, no se puede exigir nunca una obligación que se incumplió por fuerza mayor.

Comúnmente se llama "caso fortuito" a lo que acontece inesperadamente, o sea a lo "imprevisible"; la fuerza mayor alude a lo irresistible, es decir lo "inevitable". Desde el punto de vista de los efectos jurídicos, en la medida que ambos conceptos se estén asimilando legalmente, no existiría distinción entre ambos. Sin embargo, la ley normalmente exime ambos casos, pero permite que se pacte en el contrato la responsabilidad en el caso fortuito.

El caso se ilustra con un suceso real en el que una persona, dentro de su coche, parado y con la ventanilla abierta sufrió lesiones en el ojo a consecuencia de una piedra que saltó al paso de otro vehículo. El afectado demandó a la aseguradora del coche que le provocó las lesiones, pero ésta se negó a indemnizarle alegando que el percance se había producido por causa de fuerza mayor. La víctima recurrió a los tribunales que le dieron la razón al entender que la fuerza mayor se debe a un factor ajeno como un rayo o un huracán mientras que el accidente se produce por efecto de una actividad, en este caso la circulación y la existencia de gravilla en la calzada. Por tanto, y al tratarse de un caso fortuito, la aseguradora se vio obligada a indemnizar.

La consecuencia de los hechos producidos por los acontecimientos conocidos

como fuerza mayor o caso fortuito es superior al momento de demostrar y justificar este para realizar la declaratoria de emergencia según lo que dispone la LOSNCP, ya que de el estudio realizado para la realización del presente trabajo investigativo he rescatado un hecho muy importante y es que en muchas instituciones del sector público y que se rigen al ámbito de esta ley confunden los términos urgencia con el de emergencia y realizan el proceso para contratar según la necesidad mediante lo que dispone la normativa vigente, violentando de esta manera todo precepto legal e incurriendo en un error evidente al momento de determinar la emergencia y realizar el proceso de adquisición de bienes, prestación de servicios, contrataciones de obra etc.

4.1.6. CONTRATO.

El contrato lo define Guillermo Cabanellas como “una especie particular de convención cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones; este autor cita dentro de su definición, también como el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas”¹²

El artículo 1453 del Código Civil Ecuatoriano enuncia el siguiente concepto: “contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”¹³

¹² CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario de derecho Usual, Tomo IV, 2008 Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires; p.p. 91

¹³ Corporación de Estudios del Ecuador. (2006): Código Civil, Quito-Ecuador/ Art. 1453.

La enciclopedia libre Wikipedia lo define de la siguiente manera: “El contrato es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más, personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral. Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos, es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes. Pero, además del acuerdo de voluntades, algunos contratos exigen, para su perfección, otros hechos o actos de alcance jurídico, tales como efectuar una determinada entrega (contratos reales), o exigen ser formalizados en documento especial (contratos formales), de modo que, en esos casos especiales, no basta con la sola voluntad. De todos modos, el contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, incluso parcialmente en aquellos celebrados en el marco del derecho de familia, y es parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. Es función elemental del contrato originar efectos jurídicos (es decir, obligaciones exigibles), de modo que a aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir cualidad contractual”¹⁴.

De acuerdo a los conceptos enunciados en líneas anteriores, la institución jurídica del contrato, no es una figura exclusiva del Derecho Privado, pues, se aparta frecuentemente del estricto ámbito del Código Civil y da paso hacia otros campos para extenderse también a la esfera del Derecho Público.

¹⁴ [http://es.wikipedia.org/wiki/Definición de Contrato](http://es.wikipedia.org/wiki/Definición_de_Contrato).

El contrato típico de Derecho Público es el Contrato Administrativo, vale decir, el celebrado entre la Administración Pública y un particular o entre dos órganos administrativos con personalidad de Derecho Público.

4.1.6.1. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

El tratadista Roberto Dromi, conceptúa al contrato administrativo como “toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas de la cual una está en ejercicio de la función administrativa”¹⁵.

Para Jeze, Gastón en su libro “Servicios Públicos y contratos Administrativos” establece el siguiente concepto “Son contratos administrativos los realizados por la administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y se rigen por reglas especiales distintas a las aplicables a las relaciones de los particulares entre sí”¹⁶

Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, “se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción a compra”¹⁷. Es pertinente indicar que la presente figura jurídica de la Administración, como cualquier particular, necesita

¹⁵ DROMI, Roberto.- Derecho Administrativo, Novena Edición, 2001, pág. 249.

¹⁶ JEZE, Gastón.- Servicios Públicos y contratos administrativos.- Volumen 3.- Editorial PLIDEL S.A. 2008/ página 231.

¹⁷ Corporación de Estudios y Publicaciones. (2008): Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador/ Art. 6, numeral 5.

contratar con terceros determinados servicios para atender a sus necesidades de funcionamiento.

Tal y como hemos visto anteriormente, cuando el creciente intervencionismo de la Administración provoca el incremento del número de necesidades a satisfacer y, con ello, la utilización generalizada de contratos con particulares para hacer frente a las mismas, surge la necesidad de modificar el contenido de los derechos y obligaciones de los contratos privados, para adaptarlos a las peculiaridades de su uso por la Administración.

Nace así la figura de los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles en función del sujeto, del objeto y de la causa del contrato, con una regulación jurídica específica, determinada fundamentalmente por una doble exigencia:

- Las peculiaridades de los procedimientos de actuación de la Administración, derivadas, entre otros motivos, de la necesidad de controlar el gasto público, así como garantizar la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos.
- Las peculiaridades derivadas de la salvaguarda del interés público a la hora de garantizar el buen fin del objeto contractual, y las que, a tal efecto, se derivan de la posición dominante de la Administración.

Teniendo estos criterios como referencia, interesa resaltar que cuando la Administración necesita contratar con un tercero lo hará mediante un contrato

administrativo o mediante un contrato privado, dependiendo de la voluntad del legislador la determinación de las modalidades de contratos que, en un momento social determinado, adquieran la condición de administrativos, en función de la propia evolución histórica de la actividad administrativa pública.

Desde un punto de vista ya más concreto los contratos públicos o administrativos, son el acuerdo de voluntades entre dos partes, un ente público y una persona natural o jurídica, con derechos y obligaciones, a través de la cual se adquiere un bien, se ejecuta una obra o se presta un servicio, incluido actualmente los de consultoría, y para entender mejor, definiremos a cada uno de ellos.

a) Los contratos de ejecución de obras: Son aquellos mediante los cuales la administración conviene con un contratista la construcción, edificación o el mantenimiento de un inmueble de interés público.

b) Los contratos de adquisición de bienes: Son aquellos que tienen por objeto la adquisición por parte de la administración de los bienes muebles que requiera para un servicio.

c) Los contratos de prestación de servicios: Se refieren a que la entidad contratante conviene con un contratista en la prestación de un servicio requerido para la satisfacción de una necesidad institucional.

d) Los contratos de consultoría: Versan en esencia a la prestación de servicios de profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto, identificar, auditar, planificar, elaborar, o evaluar estudios y proyectos de

desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Son entonces los Contratos Administrativos, en general, aquellos en que intervienen la Administración Pública en cualquiera de sus esferas, además, para que el contrato sea administrativo deben tener por objeto la satisfacción directa de una necesidad pública. Por lo que son elementos característicos del Contrato Administrativo, por un lado, el interés general como causa del mismo, el servicio público como el objeto, la forma como requisito esencial, la desigualdad de las partes, la jurisdicción especial y la especialidad legal.

4.1.6.2. PRINCIPIOS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

Los principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son: legalidad, trato justo, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

a) Principio de Legalidad: La contratación pública debe realizarse de acuerdo con la Ley y con los procedimientos legalmente establecidos. La normativa aplicable estará jerarquizada jurídicamente (Ley, Reglamento General, Resoluciones del INCOP), y debe expresar con claridad las prerrogativas de la Administración Pública. Se entiende, entonces, que los actos administrativos relacionados con la contratación pública deben ser motivados en la norma, y respecto de ellos puede presentarse reclamo o recurso administrativo, de conformidad con la Ley.

b) El principio de trato justo: Con este principio, lo que se trata es que el Estado como los Entes Contratantes al momento de realizar una invitación a los oferentes como el escogimiento para la ejecución de un contrato, ya sea, a través de una

licitación, concurso público, compras por catálogo, entre otros, sean tratados de forma igual, justa y se vaya eliminando la preferencia por determinada empresa o persona para realizar contratos y así evitar actos de corrupción o compadrazgo, que pudieran suscitarse.

c) El principio de igualdad: En lo que concierne a la contratación pública, la igualdad exige que todos los oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas, lo que implica que la entidad pública al preparar las bases o términos de referencia no tiene que incluir condiciones o consideraciones que limitan o pongan a ciertos oferentes en condiciones de superioridad o preferencia.

d) Principio de calidad: Busca que los bienes y servicios que se ofertan y que deberán ser proporcionados sean de la mejor calidad posible, cumpliendo las condiciones de calidad, precio y plazo de ejecución. Es decir el principio de calidad es una vía a través de la cual se garantiza calidad tanto en el gasto como tal, como en el objeto de la contratación; la compra es un ejercicio de calidad.

e) Principio de vigencia tecnológico: El Sistema Nacional de Contratación Pública promueve el uso intensivo de tecnología para simplificar los procedimientos de contratación legalmente establecidos, democratizar el uso de la información y transparentarla gratuitamente, Por otro lado, el Sistema Nacional de Contratación Pública establece que el objeto de la contratación debe estar vigente tecnológicamente.

f) Principio de oportunidad: Con este principio se aspira que, desde un artesano hasta un profesional en cualquier materia, tenga la oportunidad de participar en los diferentes contratos que realizan las entidades públicas, y, de esta manera, no exista preferencia por cierto grupo de personas.

g) Principio de concurrencia: Con este principio se afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso. No obstante, el principio no es absoluto, ya que, la normativa jurídica impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad de los concurrentes, por ejemplo la exclusión de oferentes jurídicamente incapaces; la exigencia de honorabilidad profesional y comercial del proponente, entre otros.

h) Principio de transparencia: La transparencia como principio rector de la contratación pública abarca respecto del actuar administrativo, el cumplimiento irrenunciable de los principios de legalidad, moralidad, publicidad, participación real y efectiva, competencia, razonabilidad, responsabilidad y control.

i) Principio de publicidad: Se refiere al hecho de que los Entes Estales que vayan a efectuar cualquier tipo de contratación, tiene la obligación de publicar en el portal COMPRAS PÚBLICAS www.compraspúblicas.gob.ec, el procedimiento precontractual y contractual, con el fin de que puedan concurrir el mayor número de proveedores interesados posibles, de modo que la entidad pueda elegir al más idóneo, siguiendo un proceso de selección y que sean de conocimiento de los

oferentes, sobre la forma en que serán analizadas las ofertas. Además permite dar a conocer a la ciudadanía sobre las actuaciones de la Administración Pública.

j) Principio de participación nacional: Este principio es particularmente importante, a través de este, el estado ecuatoriano retoma como finalidad de la contratación pública la dinamización de la producción nacional, a través del establecimiento de criterios de valoración que la incentiven (establecimiento de márgenes de preferencia para proveedores de obras, bienes y servicios de origen nacional, según definición de la entidad competente de acuerdo con la Ley). En algunos procedimientos de contratación, se establecen criterios de participación local, con la finalidad de promover la participación de los proveedores domiciliados en el lugar de contratación, a través de márgenes de preferencia.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1.- La Contratación Pública en el Ecuador a partir de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Antes de la expedición de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el régimen jurídico que regulaba la Contratación Pública constaba en varios cuerpos normativos a saber:

- La Ley de Contratación Pública, que regulaba la compra de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obra.

- La Ley de Consultoría, que regulaba la contratación de servicios de consultoría.

- Procedimientos de contratación establecidos en las Leyes Especiales, para objetos de contratación específicos (Ejemplo. Seguros), para actividades de carácter especial o estratégico (seguridad interna y externa, seguridad social, industria hidrocarburífera).

La derogada Ley de Contratación Pública porque contemplaba procesos de contratación diseñados específicamente para ejecución de obras, mas no para la compra de bienes, ni la contratación de servicios, lo cual complicaba los procesos y se requería de mucho tiempo para realizar la contratación en principios simples y concurrentes.

Las leyes anteriores establecían que cada entidad contratante actuara según reglamento interno de contratación, sin normativa ni criterios comunes a todas las entidades públicas. Estas normativas internas permitían que cada entidad administre un registro de proveedores, sin requisitos homologados ni normas de control que garanticen el derecho a todos los ecuatorianos a ser proveedores del Estado y sus instituciones.

La planificación no era obligatoria en la contratación Pública; lo que derivaba en el uso intensivo de procedimientos de contratación directa aplicados a compras, lo cual concebido en la lógica de planificación anual, era objeto de procesos más reglados y con mayor concurrencia, otra consecuencia de la falta de planificación consistía en que, los proveedores no podían planificar su estrategia de provisión y toda acción tenía que improvisarse, sin procedimientos explícitos ni normativa

reguladora, no se podía, por lo tanto, evaluar los procedimientos ni aplicar veedurías.

Por lo expuesto la Contratación Pública en el Ecuador se ejecutó en una forma obsoleta y rudimentaria y se mantuvo al margen de las innovaciones normativas y tecnológicas de otros países, incluidos varios de la región latinoamericana. A la problemática descrita se añade que el uso de las herramientas informáticas en los procesos de contratación era prácticamente inexistente.

Hasta Agosto del 2008, el Ecuador no ha generado indicador alguno respecto a las compras públicas, debido a la falta de un sistema de procedimientos reguladores para las entidades contratantes. Por lo tanto, con la nueva LOSNCP, se pretende obtener estos cambios y lograr una eficiente y adecuada contratación.

4.2.2. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR Y SUS ORGANISMOS.

El sistema es una herramienta de información, de ordenación y control, que aporta datos y cifras relevantes para el proceso de contratación, con la principal finalidad de darle transparencia y publicidad a los contratos estatales, proteger los recursos públicos e impedir mecanismos para evitar la corrupción.

A continuación definiremos cada uno de los Organismos del Sistema Nacional de Contratación Pública:

4.2.2.1. INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (INCOP).

El INCOP según establece la LOSNCP y el Reglamento es el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, para lo cual se le han conferido las siguientes atribuciones:

1. “Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;
5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;
6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;
7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;

8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;

9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;

10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;

11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;

12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;

13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;

14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;

15. Publicar en el Portal COMPRASPÚBLICAS el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;

16. Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y,

17. Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.”¹⁸

Para acogernos al presente estudio doctrinario es necesario e indispensable analizar varios fragmentos de la LOSNCP, ya que la misma establece en este caso cuales son las funciones de este órgano rector. Si retrocedemos en el tiempo nos podremos dar cuenta que en el Ecuador en los últimos años la normativa legal para el manejo de procesos de contratación con el sector público ha evolucionado sustancialmente con el nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública.

Al momento se cuenta en el Ecuador con nuevas instituciones tales como: Instituto Nacional de Contratación Pública; Portal de Compras Públicas; lo cual faculta para que los proveedores de bienes y servicios puedan participar en los concursos o procesos de contratación con las entidades del sector público, de una manera transparente con la finalidad de evitar los actos de corrupción en el sector público.

Por lo expuesto y para evitar cualquier situación anómala dentro de los procesos de contratación pública, es de importancia contar con la Asesoría Legal correcta

¹⁸CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, actualizada a enero del 2010. Quito-Ecuador. Pág. 9 y 10.

para la elaboración de los pliegos y toda la documentación que sustenta el procedimiento de contratación, incluyendo período de preguntas, adjudicación y posterior negociación del contrato, su ejecución.

En el Ecuador, en el año 2008 se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP– por la cual se creó el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), actualmente denominado SERCOP – Servicio Nacional de Contratación Pública.

4.2.2.2. EL SERCOP.

Forma parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, que es el medio por el cual todas las instituciones que manejan recursos públicos pueden planificar, administrar y ejecutar las adquisiciones de bienes, servicios y obras públicas.

El SERCOP pretende que la gestión de la Contratación Pública sea transparente y efectiva, a fin de optimizar los recursos del Estado y fortalecer el desarrollo del sector productivo del país, planteándose como objetivos fundamentales los siguientes: 1) Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; 2) Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; 3) Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.

Realizando el análisis respectivo podemos manifestar que más que objetivos el SERCOP, tiene la obligación de controlar y ejecutar todas las garantías necesarias con la finalidad de que se cumplan a cabalidad los principios fundamentales de la contratación pública.

Dentro de las funciones del SERCOP, se encuentran las que describimos a continuación:

- Administrar el Registro Único de Proveedores RUC.
- Expedir los modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de Contratación Pública.
- Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de Contratación Pública. En lo referente al Registro Único de Proveedores (RUP) es un registro público en el cual, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que desee participar en las contrataciones que realizan las entidades del Estado Ecuatoriano debe estar habilitado.

Los proveedores que deseen registrarse en el RUP, deben hacerlo a través del sistema online que mantiene el SERCOP, una vez registrados, deben cumplir con los requisitos exigidos a fin de ser habilitados en el Sistema Nacional de Contratación Públicas.

Los proveedores habilitados en el RUP, pueden acceder al Portal de Compras Públicas y a través del sistema participar en los diferentes procesos de contratación para los cuales se encuentre habilitado.

Las entidades contratantes por su parte, se registrarán en el Portal de Compras Públicas, con el fin de hacer uso de las herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública, para lo cual deben registrarse de acuerdo a los procesos establecidos.

El SERCOP le entrega a las entidades contratantes el permiso de accesibilidad para operar en el Portal de Compras Públicas, la responsabilidad por el uso de las herramientas y contraseñas es solidaria entre la máxima autoridad y las personas autorizadas por ésta. Además se brinda la firma asesora a todas las compañías, con el fin de que cumplan con todos los requerimientos para poder contratar con el Estado.

4.2.2.3. PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS.

Según el tratadista Ecuatoriano Efraín Pérez, establece que; “www.compraspublicas.gob.ec, es el portal de contrataciones de la república del Ecuador, que administra y pone a disposición de los organismos públicos y proveedores una plataforma electrónica que le permite realizar los procesos de adquisición de una manera digital”¹⁹.

Para mi criterio el portal de compras públicas es una herramienta de uso gratuito que facilita el encuentro de la oferta y la demanda entre el sector público y los proveedores del estado, publicando, agilizando, optimizando y transparentando los procesos de contratación pública.

¹⁹ PÉREZ, Efraín. Los Procedimientos de Contratación Pública. Editoriales y Publicaciones Nacionales Quito-Ecuador, 2010.

Entre los objetivos principales podemos mencionar “la promoción, la participación nacional y asistencia técnica para dinamizar y dar preferencia a la producción nacional, con énfasis en las MIPYMES, además otorgar asistencia técnica y capacitación a compradores y proveedores.

Además establece la normativa y las compras transversales, promoviendo buenas prácticas en compras y gestión de abastecimiento. Licitación convenios marco y contratos estratégicos para todo el estado, también administra un catálogo electrónico de productos que permiten su adquisición mediante un

Clic”²⁰.

De la misma forma entre las finalidades del portal de compras públicas tenemos las siguientes:

El acceso al portal de compras públicas mediante la asignación de un usuario tanto a la máxima autoridad de la entidad gubernamental como al responsable designado por este para la administración del portal.

Registro de entidades contratantes, el portal es la herramienta tecnológica que permite a las entidades públicas contratar la adquisición de bienes, arrendamiento, prestación de servicios, contrataciones de obra, incluidas las consultorías, procesos que de alguna manera han permitido al estado transparentar los procesos de contratación pública.

²⁰ IBIDEM

Registro de proveedores, se realiza por medio de esta misma herramienta mediante un código CPC, en el cual los proveedores de acuerdo a la actividad laboral que ejerzan pueden realizar su inscripción.

Estadística, permite llevar el control adecuado de todos los procesos publicados y efectuados en su totalidad en el portal de compras públicas.

Consulta de procesos de contratación, también permite revisar en qué estado se encuentran los procedimientos en su fase precontractual (publicación – adjudicación) e inclusive cuando ya se ha llevado a cabo la celebración del contrato.

Protestas reclamos, por este mismo medio en caso de inconformidad se procede a llenar un formato de reclamo ya establecido por el propio SERCOP, el cual es remitido a través del sistema a los encargados de ejecutar el análisis correspondiente para que se pueda verificar la veracidad de lo denunciado.

Según mi criterio el actual sistema nacional de compras públicas de Ecuador considerando su reciente relanzamiento aún no cuenta con todas las facilidades y beneficios si realizamos una comparación con los demás estados que conforman Sudamérica, por lo que entendemos se encuentra en permanente implementación y mejoramiento para hacerlo más ordenado y eficiente de tal forma que permita un mejor manejo de la información.

4.2.3. SOBRE LOS MECANISMOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES NORMALES.

Dentro de la LOSNCP, se ha identificado que existen varias disposiciones aplicables a la creación de procesos de contratación pública, las formas de

contratación y las etapas o fases. Los mecanismos de contratación no son otra cosa que los procedimientos existentes en la norma que permite al estado contratar toda clase de bienes, servicios, obras y consultorías, si hablamos de los procedimientos dinámicos estos tienen un proceso precontractual en el caso de la Subasta Inversa Electrónica que va desde su publicación hasta la adjudicación, en el caso del catálogo electrónico se realiza un proceso de compra con absoluta rapidez, eficiencia y eficacia pero solo de los productos que se encuentran disponibles en esta herramienta tecnológica. En el caso de los procedimientos comunes son procesos parecidos que se desarrollan de igual forma mediante el portal de compras públicas.

En el caso del procedimiento de régimen especial, la ley y el reglamento lo consideran como una publicación y se lo efectúa con un solo proveedor seleccionado por la propia entidad estatal. Este procedimiento tiene una normativa diferente dada la complejidad, urgencia, reserva, o la peculiaridad de los bienes o servicios, que pueden ser normalizados o no normalizados requeridos. Estos casos están previstos en el artículo 2 de la misma Ley, entre los que constan: los que sean calificados como necesarios para la seguridad interna y externa del Estado; las adquisiciones de fármacos, entre otros.

En el caso de la Ínfima Cuantía en la normativa ni en el reglamento actual no existe el detalle del proceso para efectuar de manera correcta este procedimiento y más bien se ha tratado de normar el mismo en base a la expedición de resoluciones externas emitidas por el antiguo INCOP, como antiguamente se denominaba.

En el caso que atañe el presente trabajo investigativo está el Procedimiento de Emergencia el mismo se la realiza mediante una resolución motivada emitida por un ministro o la máxima autoridad de la entidad que está declarando la emergencia para contratar de forma abreviada obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría. A diferencia de todos los procedimientos establecidos en la normativa actual de la Contratación Pública, el de Emergencia es el único que no cumple con el siguiente procedimiento.

4.2.4. DISPOSICIONES APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE LOS CONTRATISTAS:

Inclusión en Plan Anual de Contrataciones – PAC: Todas las contrataciones detalladas en la LOSNCP, salvo las de emergencia e ínfima cuantía, deben constar en el PAC, inicial o reformado, aprobado mediante resolución administrativa de la máxima autoridad de la entidad contratante.

Estudios y diseño: Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, se deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, etc., debidamente aprobados por las instancias correspondientes dentro de la entidad contratante. Existirá responsabilidad civil, penal y administrativa para las personas que realizaron estos estudios, es decir funcionarios, autoridades y consultores, de encontrarse perjuicio al Estado.

Certificación de fondos: Para todo tipo de contratación, la unidad financiera de la entidad contratante emitirá de forma previa una certificación de que existen los fondos públicos necesarios para la contratación de la obra, bien o servicio.

Pliegos: De acuerdo al artículo 6, numeral 24 de la LOSNCP, se entenderá que pliegos son los "Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública", estos pliegos contendrán información técnica para suplir un bien, prestar un servicio o construir una obra; tiempo de ejecución del contrato, responsable de la contratación, obligaciones de la entidad contratante y el proveedor ganador, las garantías que se exigirán, la forma de adjudicación o cancelación del procedimiento, la administración del contrato, el modelo de contrato, entre otras, y será de uso obligatorio.

Especificaciones Técnicas o Términos de Referencia: Los Términos de Referencia o Especificaciones Técnicas, son el detalle minucioso de la necesidad de la entidad contratante que será plasmada en los pliegos, estas especificaciones o términos están compuestos de antecedentes, objetivos, alcance, metodología de trabajo a la entrega del bien o servicio, información o estudios que dispone la entidad sobre esa necesidad, los productos o servicios esperados, el plazo y forma de ejecución, el personal que va a involucrar y las formas o condiciones de pago.

Todo esto detallado a profundidad en la resolución INCOP-054-2011, del Instituto Nacional de Contratación Pública, en donde también se hace diferenciación entre los Términos de Referencia y las Especificaciones Técnicas, de esta forma:

Términos de Referencia (TDR): Término usado para el detalle técnico de necesidad en servicios y consultoría, se sujetarán a los principios que rigen la

contratación pública y se entenderá que son características fundamentales que deberán cumplir los servicios u obras requeridas.

Especificaciones Técnicas: Término usado para el detalle técnico de necesidad en bienes, se sujetarán a los principios que rigen la contratación pública, se entenderá que son las condiciones específicas bajo las cuales se contratará estos.

Adjudicación. La máxima autoridad de la Institución adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo o mejor oferta según los parámetros que se hayan fijado en las especificaciones técnicas o los términos de referencia.

Comisión Técnica: Es el equipo de profesionales que supervisará y evaluará la creación del proceso de contratación pública en su fase precontractual. La obligatoriedad de conformar una comisión técnica será de acuerdo al monto de la contratación y el procedimiento según sea obras, bienes o servicios, esto se encuentra en el artículo 18 del reglamento a la LOSNCP. Por ley la comisión técnica siempre estará conformada por un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá; el titular del área requirente o su delegado; y, un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.

4.2.5. FASES COMUNES A LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES NORMALES.

En cuanto a las fases, diversos autores, nos manifiestan que existen dos fases en la contratación estatal, estas son la precontractual y la contractual.

Pero en nuestra normativa referente a la contratación pública indica que existen tres fases dentro de la contratación pública, estas son la fase precontractual, la fase de ejecución del contrato y la fase de evaluación; cabe mencionar que para el tratadista Roberto Dromi, en su reportaje la contratación pública y sus fases, “esta división de fases fueron creadas exclusivamente para temas de control”²¹.

Lo cual para tema didáctico y práctico se cree es lo más adecuado y se acoge en este trabajo investigativo el criterio de dividir en tres fases o etapas un proceso de contratación pública:

4.2.5.1. PRIMERA FASE: FASE PRECONTRACTUAL.

Inicia con la necesidad de contratar (unidad requirente), y culmina al momento de la firma de la adjudicación entre el oferente ganador del concurso y la entidad contratante. Efraín Pérez dice “que esta etapa de pre-contrato se caracteriza por el contacto que la entidad establece con los proveedores y potenciales interesados en participar en el proceso de contratación”²².

Todo esto con el fin de crear un vínculo sin que exista una obligación contractual, pero si con ciertos compromisos mutuos, por ejemplo los oferentes que decidan participar están comprometidos en caso de ganar el concurso a cumplir con lo ofrecido, caso contrario la ley contempla la sanción de ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco años y tres años,

²¹ Reportaje a ROBERTO DROMI: 'La contratación Pública y sus fases"', Gente (revista), 6 de julio de 2009.

²² PEREZ, Efraín. Libro Los Procedimientos de Contratación Pública. Editorial y Publicaciones Nacionales Quito- Ecuador-2008. Pág. 116

respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido sin poder contratar con el Estado, es decir no se contempla este compromiso en un contrato firmado, pero está señalado en la LOSNCP como obligación del oferente a cumplir con lo ofrecido para llegar a la fase contractual.

En esta fase se tendrá que verificar que la necesidad está incluida dentro del Plan Anual de Contratación Pública de la entidad contratante, los estudios y diseños que sustentan esa necesidad, la disponibilidad presupuestaria para la contratación.

Luego de verificados esos requisitos, se procederá a la creación de pliegos según la modalidad escogida y la realización del proceso de contratación pública dentro del Portal de Compras Públicas de forma obligatoria, de acuerdo a los formatos obligatorios establecidos en la página web del SERCOP, y las especificaciones técnicas o términos de referencia diseñados conforme a la resolución externa INCOP- 054-2011.

4.2.5.2. SEGUNDA FASE: FASE DE EJECUCIÓN.

Según Efraín Pérez, “inicia desde la firma del contrato entre el oferente ganador del concurso y la entidad contratante, hasta la firma del acta de entrega y recepción a conformidad de la entidad contratante sobre la obra, bien o servicio contratado. En esta fase se crea propiamente el vínculo contractual y obligatorio entre la entidad contratante y el adjudicatario”²³.

²³ PEREZ, Efraín. Libro Los Procedimientos de Contratación Pública. Editorial y Publicaciones Nacionales

En esta etapa también se designará a uno o varios administradores del contrato y fiscalizadores, con el fin de velar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el proveedor de la obra, bien o servicio; estos tendrán la obligación de presentar informes a la máxima autoridad sobre la recepción de lo ofertado a satisfacción de la entidad contratante, el cumplimiento del contrato o el incumplimiento del mismo, inclusive para liquidar posibles haberes pendientes.

4.2.5.3. TERCERA FASE: FASE DE EVALUACIÓN.

“Esta última fase se denomina la de evaluación del contrato, se genera después de haber finiquitado la relación contractual principal con el acta de entrega y recepción a conformidad de la entidad contratante. El administrador del contrato verificará el cumplimiento de garantías y todo lo ofrecido por el oferente, en el caso de obras y bienes por el tiempo que se haya determinado en el contrato, además se tendrá obligación de publicar todo lo actuado en las etapas anteriores en el Portal de Compras Públicas en tiempo simultáneo a las contrataciones”²⁴.

Ejemplo, fue de conocimiento público sobre el control y evaluación de los contratos después de la etapa contractual son, el caso de los nuevos uniformes de la Policía Nacional, aquí dado el evidente deterioro de forma acelerada de los uniformes, dicha entidad procedió a la auditoría de la calidad de los uniformes y ejecución de garantías contra el oferente que proveyó los uniformes.

Quito- Ecuador-2008. Pág. 118.

²⁴PEREZ, Efraín. Libro Los Procedimientos de Contratación Pública. Editorial y Publicaciones Nacionales Quito- Ecuador-2008. Pág. 121

4.2.6. SOBRE EL MECANISMO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SITUACIONES DE EMERGENCIA.

Este mecanismo es totalmente diferente y único a todos los demás establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, manifiesta que “la contratación en situación de emergencia o contratación directa como el procedimiento por el cual el estado elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes.”²⁵ Para que este procedimiento se pueda ejecutar en nuestro país tienen que cumplirse las condiciones establecidas en la norma que por cierto muy escueta (LOSNCP), estas situaciones que deben suceder al momento de querer contratar por emergencia de bienes, servicios, obras incluidos los de consultoría, citando textualmente son “aquellas generadas por acontecimientos graves tales como; accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor y caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional.”²⁶ De tal manera que, siguiendo la redacción de tiempo gramatical en la norma mencionada, la situación debe generarse previamente a la contratación.

Así mismo las condiciones para que se pueda considerar como emergente una situación tiene que ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

De verificarse estas condiciones en una de las situaciones que se enumeraron en los párrafos anteriores, la máxima autoridad de la institución del sector público que

²⁵ DROMI José, citado en el libro Derecho Administrativo de Efraín Pérez (2008, p. 724),

²⁶ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, actualizada a enero del 2010. Quito-Ecuador. Pág. 9 y 10.

se encuentre en alguna de ellas deberá emitir una resolución debidamente motivada que declare la emergencia, en la que deberá justificar la contratación por esta vía enumerando los motivos reales y legales.

Tendrá carácter obligatorio la publicación en el portal de compras públicas la resolución de contratación por emergencia y posteriormente el contrato con el oferente que se haya escogido, siendo este el primer paso del proceso de contratación en situación de emergencia.

Posterior a esta declaración y la publicidad de la misma a través de la publicación en el Portal de Compras Públicas, la entidad procede a través de la máxima autoridad o sus delegados a contratar a proveedores nacionales calificados en el Instituto Nacional de Compras Públicas con su respectivo Registro Único de Proveedores (RUP). En el caso de proveedores de origen extranjero sin requisitos previos de domiciliación (RUP) ni de presentación de garantías, pero que serán necesarios al formalizar el contrato.

Para la forma de elección de los proveedores que ayudarán a subsanar la emergencia generada no existe reglas claras, es así que ni la LOSNCP define el procedimiento para elegir las ofertas y proveedores en situaciones de emergencia, ni el Reglamento, y tampoco una resolución que emitió el INCOP signada con número 045-2010, de 09 de Julio de 2010, ya que se limita a dar instrucciones de la forma de publicar una emergencia a través del Portal de Compras Públicas, y a señalar las mismas condiciones de las situaciones de emergencias.

Al no existir reglas claras del procedimiento para la elección de los proveedores y sus ofertas, se tiene un vacío legal y bastante grande, dejando al funcionario delegado o la máxima autoridad a su buen criterio y libre discrecionalidad la elección del proveedor o proveedores que se contratarán para superar la emergencia. Si bien existe un reglamento para el control de la discrecionalidad, este solo rige para las instituciones del poder ejecutivo y es bastante pobre en su contenido.

La doctrina internacional y nuestro propio ordenamiento legal dispone que toda contratación que se genere por esta ley o derivada de esta ley estará a los principios fundamentales de la contratación pública como de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional: Pero estos principios en la práctica pueden verse seriamente comprometidos o inclusive ignorados, dado el pretexto de la emergencia, la urgencia del caso que puede ser real o no en la práctica, y sobre todo la discrecionalidad del funcionario que elige a los proveedores, pudiendo existir muchas veces sobre precios en estas contrataciones sin que sea fácil demostrarlo.

Además, aunque la propia ley impone como obligación la publicación en el Portal de Compras Públicas de todo lo actuado por la entidad una vez superada la emergencia, ni la misma LOSNCP, ni su reglamento y tampoco la resolución 045-2010 del INCOP que regula las contrataciones en situaciones de emergencia imponen una sanción a los responsables o la máxima autoridad por la no publicación, lo que limita seriamente el control ciudadano y de las entidades de

control, como es el caso de la Contraloría que tiene que pedir información sobre las contrataciones en situaciones de emergencia, enterarse a cuenta gotas de lo que ha pasado, y si puede, sancionar a alguien en caso de corrupción; pese a que existe la obligación de remitir toda la información pertinente cuando la Contraloría lo solicite. Es por eso que en casos donde haya existido corrupción, muchas veces es muy difícil demostrarla por la falta de información de los procesos de contratación pública.

Regresando al tema, luego de la selección de proveedores a discreción de la máxima autoridad o de los funcionarios delegados para ello, se los convoca y se les adjudica la obra, bien o servicio incluido el de consultoría. En el mecanismo de contratación por emergencia no hay restricciones legales por los montos de contratación, a diferencia de los mecanismos de contratación normales, ya que el interés es subsanar la situación de emergencia generada. Es decir para contratar en una situación de emergencia los pasos podemos sintetizarlos así:

- Se genera la situación de emergencia.
- La máxima autoridad o el delegado encargado emite una resolución motivada que declare la emergencia para justificar la contratación.
- Se publica la resolución en el Portal de Compras Públicas con la fecha de inicio para fines de control.
- Se crean los pliegos propios para la situación de emergencia.

- Se llama a un proveedor o varios proveedores para que oferten sus obras, bienes o servicios de forma inmediata para subsanar la emergencia.

- La entidad selecciona y procede a contratar al proveedor o proveedores de acuerdo a la discrecionalidad del funcionario encargado o la máxima autoridad de la entidad. Aunque la ley permite discrecionalidad en la selección y contratación de proveedores, los funcionarios públicos no deben caer en arbitrariedad e irrespeto a los principios de la contratación pública.
- Se realiza el contrato por emergencia y la ejecución del mismo de forma inmediata. En cuanto a las garantías, la LOSNCP en su capítulo tercero establece que será obligatoria la presentación de garantías técnicas y económicas.
- Una vez superada la emergencia y para finalizar el proceso de contratación pública, se tendrá que hacer un informe administrativo y publicarlo en el Portal de Compras Públicas, que de acuerdo a la Resolución 045-2010 del INCOP, contendrá:
 - a) Número y fecha de la resolución que declaró la emergencia;
 - b) Número de contratos efectuados para superar la emergencia;
 - c) Objeto de cada contrato efectuado;
 - d) Identificación del o los contratistas con su respectivo número de RUC;

e) Plazo de duración de la emergencia; Valor de cada contrato, incluyéndose reajustes, contratos complementarios o cualquier otra situación que permita cuantificar con exactitud el valor invertido en la emergencia;

g) Resultados de la contratación con indicación de bienes adquiridos, servicios prestados, productos de consultoría u obras construidas, según sea el caso, con referencia al cumplimiento de sus respectivas obligaciones; e, Indicación clara de las situaciones de hecho que se lograron corregir o superar con los resultados de la contratación.

4.2.7. COMPARACIÓN ENTRE EL MECANISMO NORMAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL MECANISMO POR EMERGENCIA.

Para el tratadista William López, las diferencias que podemos encontrar entre los dos mecanismos son:

“En un mecanismo normal de contratación pública se aplican los procedimientos previstos en la LOSNCP y su reglamento cuando nacen por necesidades institucionales generadas para la buena marcha y servicio de las mismas, son programadas, no son urgentes pero si necesarias para su funcionamiento y el servicio a la colectividad o al mismo Estado; en cambio el mecanismo de la contratación por emergencia se aplica siempre y cuando haya sido generado por situaciones como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y

otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Y además como condición para la validez de esas situaciones estas tendrán que ser concretas, inmediatas, imprevistas, probadas y objetivas.

En un mecanismo normal de contratación pública, se agenda la necesidad de la institución siempre y por ley para el próximo año fiscal en el PAC, fin de contar con los presupuestos económicos y estudios necesarios; en una contratación por situación de emergencia, al generarse por causas insospechadas y reales, no existe tiempo de prever el requerimiento, por lo que se solicita disponibilidad de fondos inmediata.

En un mecanismo normal de contratación pública, el proceso se lo hace a través del Portal de Compras Públicas, con la publicidad de los pliegos y las condiciones para que los oferentes en un plazo prudencial revisen, luego oferten, y se haga un concurso sobre la necesidad de la entidad; en una contratación por situación de emergencia el proceso se acorta en cuanto a tiempos y la entidad escoge con quien desea trabajar sin convocar al resto y sin hacer públicos los pliegos.

En un mecanismo normal de contratación pública, todo el proceso de contratación es llevado en el Portal de Compras Públicas, tanto tiempos, documentos y proveedores participantes; en el caso de una contratación por situación de emergencia, el proceso de contratación es llevado principalmente en físico por las personas encargadas de la entidad o la máxima autoridad. El Portal de Compras Públicas se lo ocupa para fines informativos al inicio del proceso y al final del proceso con un resumen de lo realizado.

En un mecanismo normal de contratación pública, los proveedores calificados dentro de ciertas áreas específicas de obras, bienes o servicios, son invitados a los procesos de contratación, escogiendo estos el participar o no en los procesos a los que han sido invitados, y teniendo acceso a toda la información de cada proceso; en un mecanismo de contratación por emergencia no se invita a los proveedores calificados dentro de ciertas áreas específicas de obras, bienes o servicios, sino a quien los funcionarios o la máxima autoridad de la entidad escoge, y solo estos son los que tendrán acceso a la información de los pliegos y condiciones, limitando el derecho a la libre competencia y acceso a la información pública.

En un mecanismo normal de contratación pública existen diversas etapas de participación de los proveedores, hasta llegar a adjudicar a un ganador dentro del proceso; en un mecanismo de contratación por emergencia la adjudicación es inmediata, sin llevar a cabo este proceso, y se lo hará a través de una resolución motivada por la máxima autoridad de la entidad contratante. La diferencia principal en este punto es un mayor tiempo que lleva adjudicar a un proveedor en una contratación normal, y el menor tiempo en el que se adjudica a través del mecanismo de emergencia. En un mecanismo normal de contratación pública se tiene claridad de procedimiento para escoger a proveedores, la forma de llevar los procesos, las sanciones y responsabilidades; en el caso de la contratación por emergencia, al parecer el Constituyente, olvidó especificar o aclarar el panorama del procedimiento para escoger a los proveedores, y las sanciones y responsabilidades en caso de no hacer pública la información en el Portal de Compras Públicas de este tipo de contrataciones, como así lo hizo con las otra de

índole normal, esto no se aclaró ni con el reglamento ni con la resolución externa que emitió el INCOP²⁷.

4.2.8. REFLEXIÓN SOBRE EL USO DEL MECANISMO DE EMERGENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Al revisar el artículo seis de la LOSNCP, numeral treinta y uno, se puede evidenciar que las situaciones de emergencia son generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, es decir que sean imprevistas.

Además de acuerdo al mencionado artículo seis, una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva. Es decir no se puede ocupar en casos de "prevención" de futuras emergencias, o cuando estas sean fruto de falta de planificación de los funcionarios públicos, la situación de emergencia debe ser real al momento de declararla.

La contratación mediante el mecanismo de emergencia debe entenderse como de uso excepcional, en base a las causales claramente determinadas en la ley, sin abusar de los posibles vacíos legales y ambigüedades que pueda generar por una falta de legislación más directa, entendiéndose a este mecanismo como último recurso para contratar de forma abreviada en materia de contratación pública.

²⁷ López William. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador.

4.3. MARCO JURÍDICO.

En el año 2008, el pleno de la Asamblea Nacional Constituyente expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual se detallan los mecanismos o procedimientos precontractuales que las entidades contratantes deben implementar para la selección de oferentes, para celebrar contratos para la adquisición de bienes o servicios, ejecución de obras, estudios de consultoría, adquisición o arrendamientos de inmuebles. Estos mecanismos son los de subasta inversa electrónica, menor cuantía de bienes y servicios, menor cuantía de obras, cotización, licitación, lista corta, concurso público, catálogo electrónico y la ínfima cuantía conforman los procedimientos dinámicos para bienes normalizados. Cabe mencionar que la ínfima cuantía no se encuentra como procedimiento reconocido en la LOSNCP, sino en su reglamento, es decir se crea un nuevo procedimiento de contratación pública en el reglamento a la LOSNCP en el artículo 60.

Existen además ciertos casos especiales en los que se puede utilizar el mecanismo de contratación directa, que están sometidos a régimen especial; ó, contrataciones por emergencia en determinados supuestos, mecanismos previstos en el artículo 57 de la LOSNCP.

En el marco normativo de este trabajo investigativo se analizará el mecanismo de contratación pública por emergencia, que está sometido a una normativa especial, la misma que se describe a continuación.

4.3.1. CONSTITUCIÓN.

Con los cambios realizados en la LOSNCP, nos hemos dado cuenta de un sinnúmero de inconvenientes surgidos entre los actores que se encuentran inmersos en la aplicación de la presente ley. Es así que en párrafos anteriores de acuerdo a la doctrina utilizada para el desarrollo del presente trabajo investigativo se analizó los términos emergencia y urgencia, por las constantes y recurrentes equivocaciones al momento de realizar, motivar y fundamentar las resoluciones para la declaratoria de los procedimientos de emergencia por parte de la máxima autoridad de la entidad estatal que requiera realizar los mismos. Es así que al momento de analizar el marco jurídico nos damos cuenta también que hasta la fecha existen otro tipo de inconvenientes y confusiones con la declaratoria del estado de excepción por situaciones parecidas a las propuestas por la LOSNCP, con respecto a la emergencia, Por lo que he creído necesario realizar un análisis jurídico minucioso para aclarar la presente situación.

En nuestra Constitución, el artículo 164 faculta al Presidente de la República "decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural"²⁸; además se citan los principios para dictarlo a saber: necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. Se especifica que el decreto será motivado y contendrá los derechos y medidas a aplicar, estas están contenidas en el artículo 165 de la Constitución, su duración será de 60 días con renovación de 30 días

²⁸CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: Constitución de la República del Ecuador, actualizada a enero del 2010. Quito-Ecuador. Pág. 71.

adicionales y que tendrá que ser comunicado a la Asamblea Nacional, la Corte Constitucional y organismos internacionales de acuerdo al artículo 166 de la norma suprema.

Es imperante recalcar que un estado de excepción no es similar a una situación de emergencia, por esto era pertinente analizar el presente caso.

Otro artículo que resulta vinculante para la contratación pública en el Ecuador es el artículo 233 de la Constitución, donde se especifica las responsabilidades de los servidores públicos por los actos realizados en ejercicio de sus funciones o por sus omisiones, se cita: "serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos ... estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles."²⁹

Además está el artículo 288, donde se ordenan los principios con los cuales tendrá que operar la contratación pública, estos son: "eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social", incluye la obligatoriedad de preferencia de los productos y servicios ecuatorianos, con especial énfasis los que vengan de la economía popular y solidaria, de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas. Esto se mantiene y amplía en la LOSNCP, en el artículo 4, al establecer principios como: "legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia

²⁹ IBIDEM.

tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional".

4.3.2. LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Aunque en el artículo 225 de la Constitución se encuentran las instituciones que comprenden al sector público, y que además en el artículo 288 se ordena la obligatoriedad de ellos de seguir los mecanismos de contratación pública, la LOSNCP determina de forma más exacta en su artículo primero el ámbito de aplicación de esta ley, eliminando dudas sobre su aplicación; por ejemplo una entidad que tenga patrimonio mixto le aplica esta ley, cito el artículo:

“Art. 1. Objeto y Ámbito. Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos:

a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o,

b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro

título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma”³⁰.

En el artículo 6 de la LOSNCP, se encuentran dos definiciones importantes, la primera está en el numeral 16, donde define a la máxima autoridad de una entidad como “quien ejerce administrativamente la representación legal de la Entidad Contratante, aclarando que para efectos de este cuerpo legal se entiende que en las municipalidades y consejos provinciales, la máxima autoridad será el Alcalde o Prefecto”³¹, eliminando dudas sobre la máxima autoridad y responsable de la contratación.

La segunda definición se encuentra en el numeral 31, donde se establece qué son y en qué consiste las situaciones de emergencia, siendo las generadas por las siguientes causas o acontecimientos graves tales como:

1. Accidentes,
2. Terremotos,
3. Inundaciones,

³⁰ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, actualizada a Abril del 2012. Quito-Ecuador. Pág. 9 - 10 y 11.

³¹ IBIDEM.

4. Sequías,
5. Grave conmoción interna,
6. Inminente agresión externa,
7. Guerra internacional,
8. Catástrofes naturales,
9. y otras que provengan de:

I. Fuerza mayor o

II. Caso fortuito.

En este artículo identificamos dos causales, la quinta y la novena, las cuales en reiteradas veces, durante este y otros gobiernos, se las ha usado como fundamento legal para dictar decretos de emergencia y hacerlos extensivos a las contrataciones por emergencia.

En la primera causal que nombramos se refiere a la grave conmoción interna, lastimosamente no encontramos definiciones en la legislación o pronunciamientos de la Corte Constitucional, es por eso que nos referiremos a los diccionarios, por ejemplo el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define a conmoción en nuestro contexto como "Tumulto, levantamiento, alteración de un Estado, provincia o pueblo."³², definición compartida exactamente igual a la del Diccionario Océano Uno Color (1996, p. 386), que coincide también de forma plena con el Diccionario Legal Online Lexis. Por lo que basado en el contexto y las definiciones podríamos

³² Diccionario de la Real Academia de la Lengua, derecho Usual, Tomo II, 2006 Editorial Española; p.p. 112.

decir que grave conmoción interna es una situación de peligrosa perturbación de la sociedad y el orden público de una ciudad, provincia o estado.

En la segunda causal que dijimos que puede generar dudas o interpretaciones erróneas, está contenida en el numeral noveno y se detecta que se puede interpretar de forma subjetiva el caso fortuito o la fuerza mayor, aspectos que han sido analizados hasta la saciedad en el desarrollo del presente trabajo investigativo.

También en el mismo artículo 6, numeral 31 de la LOSNCP, en su parte final se encuentran los requisitos a cumplirse para que una situación de emergencia se dé. Se citan los criterios del mencionado artículo:

1. "Concreta": es decir real, que existe y que está sucediendo en ese momento.
2. "Inmediata": es decir que está sucediendo mientras se declara la emergencia.
3. "Imprevista": no se pudo prever o anticipar de forma alguna por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.
4. "Probada": se puede demostrar con hechos físicos.
5. "Objetiva": libre de subjetividad, con independencia propia dicha situación de cualquier interés ajeno al bien común.

El artículo 57 de la mencionada Ley, referente a las situaciones de emergencia, solo se limita a decir cómo hay que declarar la emergencia, pero no los pasos para

ejecutar la misma en materia de contratación pública, cito textualmente: "Art. 57. Procedimiento. Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal Compras Públicas.

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en el Portal Compras Públicas un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos."³³

Tampoco el Reglamento a la LOSNCP aclara el panorama, es así que el artículo 71 del reglamento a dicha ley en resumen se remite al mencionado artículo 57 de la LOSNCP. El INCOP también emitió una resolución sobre Disposiciones para las contrataciones en situaciones de emergencia, específicamente la N°. 045-10 publicada el 09 de julio de 2010, donde tampoco se esclarece el panorama, aquí

³³ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, actualizada a Abril del 2012. Quito-Ecuador. Pág. 37 - 38.

solo se especifica el procedimiento para cargar al Portal de Compras Públicas las declaratorias en emergencia y cuando estas finalizan.

Es decir sin una reglamentación clara en procedimientos y límites, se deja al funcionario público en una peligrosa libertad de contratación a discrecionalidad, con "afán" de salvar una emergencia dentro de su campo de acción, pudiendo este escoger a su criterio y gusto al proveedor que crea más conveniente. Con lo cual claramente el funcionario público puede contravenir a los principios de la contratación pública contenidos en nuestra Constitución en el artículo 288.

Además está también en concordancia el artículo 233 del mencionado cuerpo legal, que es la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre los actos realizados en ejercicio de sus funciones, responsabilidad que podrá ser de orden civil, administrativo e inclusive penal.

4.3.3. LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO.

Hemos creído importante citar a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dado que esta entidad es la encargada de velar el buen uso de los recursos públicos, y controlar los actos de corrupción a petición o de oficio de todas las entidades que comprenden el sector público. Es decir toda entidad o empresa donde el Estado Ecuatoriano tenga puesto el dinero de los contribuyentes, en el caso de la legislación actual de contratación pública encontramos referentes dos artículos que los citamos textualmente:

"Art. 76. Obligación de remitir información. Las instituciones del Estado y sus servidores, así como los personeros representantes de las personas jurídicas de derecho privado sometidas al control de la Contraloría General del Estado, en los términos previstos en la presente Ley, están obligadas a proporcionar a ésta, exclusivamente para fines del examen de auditoría, información sobre las operaciones o transacciones cuando les sean requeridas por escrito."³⁴

"Art. 80. Obligación de informar de otras instituciones de control. Los organismos de control previstos en la Constitución Política de la República, dentro del ámbito de sus competencias, de conformidad con las leyes correspondientes, a través de sus máximas autoridades, informarán a la Contraloría General del Estado, los actos derivados de los informes de inspección, supervisión y control, para precautelar los intereses del Estado y sus instituciones."³⁵

Se citaron estos dos artículos porque aún existe la obligación legal de las instituciones del Estado, sus servidores o quienes las representen de informar a la Contraloría General del Estado sobre los actos y contrataciones que se realicen en materia de contratación pública, presunción del cometimiento de infracciones. La Contraloría General del Estado también puede y debe hacer un control de oficio después de las contrataciones, de acuerdo al artículo 15 de la LOSNCP, que dice:

"Art. 15. Atribuciones de los Organismos de Control. Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar

³⁴ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, actualizada a Diciembre del 2009. Quito-Ecuador. Pág. 51.

³⁵ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, actualizada a Diciembre del 2009. Quito-Ecuador. Pág. 80.

los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes.

Es obligación del Instituto Nacional de Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley."³⁶

Es decir existe obligación legal de remitir información a las entidades de control, pero como hemos podido demostrar mediante el presente trabajo investigativo en la práctica estas obligaciones legales no se aplican, ya que estas no tienen una sanción expresa en caso de incumplirlas, dificultando así la investigación de las entidades de control a los actos de contratación pública realizadas en el Sector Público, e inclusive limitando el acceso a información pública por parte de la ciudadanía.

Por todas estas circunstancias y pese a que por todos los medios se ha tratado de normar el procedimiento de contrataciones en situaciones de emergencia a través de resoluciones externas, consideramos que existen varios vacíos jurídicos en la legislación vigente, lo que no garantiza que éste tipo de procedimientos se lleven con estricto cumplimiento de los principios de la contratación pública y por el contrario se permitan escoger a dedo y con total discrecionalidad por parte de la autoridad correspondiente a los contratistas para ejecutar la actividad que fuere necesaria en situaciones de emergencia.

³⁶ CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES: Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, actualizada a Diciembre del 2009. Quito-Ecuador. Pág. 13.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. LEGISLACIÓN CHILENA.

LA LEY DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DESUMINISTRO Y PRESTACION DE SERVICIOS, establece las directrices para la ejecución de procedimientos que permiten contratar, bienes, obras, prestación de servicios, consultorías, es así que en el Art. 7, literal c) manifiesta lo siguiente: “Trato o contratación directa: el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que con lleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento.

La Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación”³⁷.

“Artículo 8º.- Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

a) Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados. En tal situación procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa.

Las bases que se fijaron para la licitación pública deberán ser las mismas que se utilicen para contratar directamente o adjudicar en licitación privada.

³⁷ [www.normativas de compras públicas/Chile compra.](http://www.normativas.de.compras.públicas/Chile.compra)

Si las bases son modificadas, deberá procederse nuevamente como dispone la regla general;

b) Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 unidades tributarias mensuales;

c) **En casos de emergencia**, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente.

Sin perjuicio de la validez o invalidez del contrato, el jefe superior del servicio que haya calificado indebidamente una situación como de emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada.

Esta multa será compatible con las demás sanciones administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudiera corresponderle, y su cumplimiento se efectuará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley N° 1.263, de 1975;”³⁸

³⁸ [www.normativas de compras públicas/Chile compra.](http://www.normativas.de.compras.públicas/Chile.compra)

Analizando detenidamente la presente normativa, nos damos cuenta que para contratar en situaciones de emergencia se sigue prácticamente el mismo procedimiento que en la LOSNCP, pero sin especificar el imprevisto o hecho que motiva la presente contratación, además agrega que para el caso de sismos y catástrofes se regirán de acuerdo a la normativa especial que posee este estado, la diferencia más marcada entre las dos normas es que en la chilena se establece sobre el funcionario competente que indebidamente hubiera declarado la emergencia una multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada, y esto no lo exime de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. En cambio en nuestra LOSNCP, no existe ningún tipo de multa si no que si por medio de las entidades de control se llegaren a determinar algún tipo de responsabilidades sean estas administrativas, civiles o penales se agotará la instancia administrativa y de ser el caso se lo juzgará de acuerdo a lo que establezca la justicia ordinaria.

4.4.2. LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

En la legislación Colombiana encontramos algunas definiciones y figuras jurídicas diferentes en comparación con la LOSNCP, las que revisaremos a continuación:

“Artículo 21.- Situación de desabastecimiento inminente.-Se considera situación de desabastecimiento inminente aquella situación extraordinaria e imprevisible en la que la ausencia de determinado bien, servicio u obra compromete en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones productivas que la Entidad tiene a su cargo de manera esencial.

Dicha situación faculta a la Entidad a la adquisición o contratación de los bienes, servicios u obras sólo por el tiempo o cantidad, según sea el caso, necesario para resolver la situación y llevar a cabo el proceso de selección que corresponda.

La aprobación de la exoneración en virtud de la causal de situación de desabastecimiento inminente, no constituye dispensa, exención o liberación de las responsabilidades de los funcionarios o servidores de la entidad cuya conducta hubiese originado la presencia o configuración de dicha causal.

Constituye agravante de responsabilidad si la situación fue generada por dolo o culpa inexcusable del funcionario o servidor de la entidad. En cualquier caso la autoridad competente para autorizar la exoneración deberá ordenar, en el acto aprobatorio de la misma, el inicio de las acciones que correspondan, de acuerdo al artículo 47º de la Ley.

La Contraloría General de la República participa de oficio en las contrataciones y adquisiciones de los bienes, servicios u obras, en situación de desabastecimiento inminente.

Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal previo que sustenta la resolución que autoriza la exoneración, se deberán fundamentar las razones técnicas que motivan la adquisición o

contratación definitiva materia de la exoneración. Esta disposición también es de aplicación, de ser el caso, para la situación de emergencia.”³⁹

Como podemos darnos cuenta en esta ley se habla de la situación de desabastecimiento inminente, que entre otras consideraciones se asemeja al procedimiento en situaciones de emergencia, puesto que se realiza una contratación directa, expone aspectos de imprevisibilidad y hechos extraordinarios, la autoridad administrativa competente emite la resolución de manera motivada sobre la exoneración de la tramitología precontractual y también se manifiesta la actuación de oficio por parte de la Contraloría General de la República Colombiana.

Con todas estas consideraciones nos damos cuenta que cambian ciertos aspectos únicamente de forma pero que la finalidad o el objetivo del estado con la celebración de estos procesos es el mismo.

“Artículo 22.- Situación de emergencia.-Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional.

En este caso la Entidad queda exonerada de la tramitación de expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para

³⁹ Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, el “Estatuto”).

remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente Ley. El Reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.

El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo a lo establecido en la presente Ley.”⁴⁰

Analizando el Art. 22 de la presente Ley y haciendo una comparación con la LOSNCP, nos damos cuenta que los considerandos de estas son muy parecidos y que existen diferencias mínimas como las que describo a continuación:

La normativa colombiana establece como situaciones para justificar la emergencia los hechos considerados como acontecimientos catastróficos y los que supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional. En el Art. 6 numeral 31 de la LOSNCP, establece con claridad los hechos y aspectos puntuales en los que se puede realizar la declaratoria de emergencia.

En lo demás el proceso es similar por no manifestar y decir que es el mismo, se realiza la contratación de manera directa exonerando a este procedimiento de todo trámite precontractual, se procede únicamente con la resolución motivada firmada y autorizada por la autoridad administrativa competente.

Tampoco existe ninguna entidad gubernamental de control que pueda manifestar si el hecho o acontecimiento se puede considerar como emergencia y se pueda

⁴⁰ Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, el “Estatuto”).

realizar la declaratoria del mismo y peor aún ni siquiera pueden actuar de oficio en esta clase de procesos, quien puede determinar si existen anomalías o inconsistencias en la declaratoria de emergencia es el organismo rector que se encarga de regular , normar y controlar los procedimientos constantes en nuestra norma como anteriormente se denominaba INCOP, actualmente se llama SERCOP. Este organismo gubernamental es el que se encarga de determinar si existen o no responsabilidades y con este informe procede a actuar ya Los organismos gubernamentales de control en nuestro caso la Contraloría General del Estado.

4.4.3. LEGISLACIÓN PERUANA.

REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO (PERÚ).

“Artículo 108.- Situación de emergencia y urgencia.-

1. La situación de emergencia se declara en los casos definidos en el Artículo 22 de la Ley, debiendo la Entidad adquirir o contratar lo necesario para remediar los desastres o demás hechos producidos que tengan el carácter de emergencia, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes; después de lo cual deberá convocar los procesos de selección que correspondan.

La exoneración de procesos de selección por la causal de situación de emergencia a que se refiere el presente numeral, se aprueba de conformidad con el procedimiento dispuesto en el Artículo 20 de la Ley”⁴¹.

⁴¹ Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (PERÚ).

Mediante Decreto Supremo, que cuente con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se declara las zonas en estado de emergencia, así como a las Entidades involucradas en dicha declaratoria según lo establecido en la Ley del Sistema Nacional de Defensa Civil. Así mismo, el citado Decreto Supremo determinará el plazo del estado de emergencia, el cual no puede exceder de sesenta (60) días naturales, pudiendo ser prorrogado por una sola vez.

2. La situación de urgencia debe entenderse como una medida temporal ante un hecho de excepción que determina una acción rápida a fin de adquirir o contratar lo indispensable para paliar la urgencia, sin perjuicio de que se realice el proceso de selección correspondiente para las adquisiciones y contrataciones definitivas.

Es preciso acotar el presente comentario, analizando la legislación peruana vigente sobre la contratación pública, podemos darnos cuenta que los hechos o acontecimientos no se determinan puntualmente para la declaratoria de emergencia como lo hace la LOSNCP, pero a la final el objetivo es el mismo y trata de solucionar los imprevistos de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro de necesidad que afecten al colectivo de un estado.

La conclusión que puedo manifestar del presente estudio legislativo comparado es el vacío jurídico existente en todas las normas citadas con respecto a la discrecionalidad que se le da a la autoridad nominadora o máxima autoridad de las instituciones del estado constantes en el ámbito de esta ley sobre la libertad y autoridad que tienen para declarar la emergencia y contratar a quien a ellos les parezca pertinente sin que de por medio exista algún criterio de una entidad de

control u otro órgano regulador del estado, desembocando estos actos en la violación de varios principios constitucionales y de la propia Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública como son los de legalidad, transparencia, igualdad y trato justo.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

El desarrollo de la presente investigación previa delimitación del tema, se orienta primeramente a organizar los contenidos en cuanto a su origen, su desarrollo y consecuencias, enmarcándolos bajo la técnica del análisis y estudio de diversas causas que influyen en la problemática de la contratación en situaciones de emergencia en nuestra sociedad.

5.1. MÉTODOS.

En el desarrollo se incluye la utilización de los métodos inductivo y deductivo, analítico y sintético, la investigación es de tipo bibliográfica, documental, descriptiva, incluyendo lo siguiente:

Primeramente se ha establecido el problema, lo que nos permitió hacer la selección y recopilación del material bibliográfico, posteriormente se estructuró la problematización referenciado los antecedentes socio-jurídicos, relacionadas con la temática planteada.

En el presente trabajo investigativo se ejecutaron las etapas propuestas del desarrollo estructural de la investigación, cuyas técnicas utilizadas son la ficha bibliográfica y el registro de observación.

La observación del universo nos permitió prever una vasta recopilación de datos, a través de las encuestas en un promedio de 30 ciudadanos, abogados en libre

ejercicio profesional y varios que ejercen su función dentro del sector público y conocen sobre las características propias del tema que nos hemos planteado. También se utilizó la técnica de la entrevista la misma que fue realizada a cinco profesionales especialistas en el tema de la contratación pública.

El procedimiento de la investigación empírica se ha realizado mediante el sistema de tabulación previa a la organización del material literario recopilado.

La presentación de los resultados de la investigación bibliográfica ha sido expuesta a través de enunciados y contenidos teóricos, en cambio los resultados de la investigación de campo han sido presentados utilizando cuadros estadísticos, el método de tabulación, presentación e interpretación de los datos obtenidos.

Luego se realizó un análisis crítico con la información de contenidos teóricos y los aspectos más importantes de esta problemática, como también de los datos obtenidos mediante el análisis estadístico.

En la fase de síntesis se estableció el cumplimiento o no de los objetivos planteados y se verificó nuestra hipótesis, finalizando con las conclusiones, recomendaciones y propuesta con el objetivo de establecer la aplicación de los procedimientos de contrataciones públicas en situaciones de emergencia, respetando y garantizado el cumplimiento de los principios de legalidad, transparencia, igualdad y trato justo.

6. RESULTADOS.

6.1. RESULTADOS DE APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

Con el propósito de obtener datos empíricos valiosos basados en la experiencia profesional de ciertas personas versadas en el tema planteado, lo que nos permitirá constatar la existencia del problema jurídico que es objeto de estudio en la presente investigación jurídica, así como también para demostrar la plena validez de la hipótesis planteada y de la misma manera que cumplir estrictamente con los objetivos determinados en la fase de planificación, hemos creído conveniente utilizar la técnica de la encuesta, la misma que fue dirigida a 30 profesionales del derecho quienes con su experiencia pueden aportar con su criterio jurídico valedero acerca de la temática que es objeto de nuestro estudio.

Es así que a continuación ponemos a consideración los resultados obtenidos en esta técnica de recopilación de datos:

Primera Pregunta:

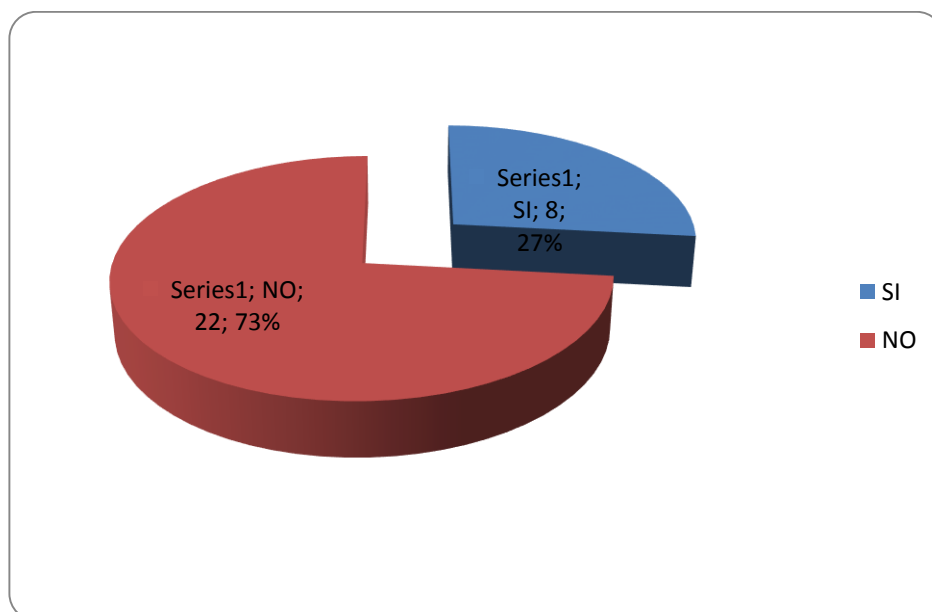
¿Considera Usted que el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para contrataciones en situaciones de emergencia, garantiza la aplicación de los principios de contratación pública? SI () NO ()

CUADRO NRO. 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	27%
NO	22	73%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a Abogados y Doctores en Jurisprudencia
ELABORACIÓN: Franklin Jaramillo

GRÁFICO NRO. 1



INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos se puede deducir que de los 30 encuestados, 22 de ellos contestan que consideran que el procedimiento establecido en la Ley de Contratación Pública para contrataciones en situaciones de emergencia, garantiza la aplicación de los principios de contratación pública, esto es el 73% de la población encuestada; mientras que el 27% restante manifiesta lo contrario.

ANÁLISIS.

De lo anteriormente determinado se puede apreciar que la mayoría de los encuestados se inclinan por manifestar que la legislación ecuatoriana vigente en el tema de contratación pública, no garantiza que dentro de los procedimientos de contratación considerados en la misma se apliquen en su totalidad los principios de la contratación pública. De esta manera se evidencia que no existe una confiabilidad total en la normativa actual que la ley ecuatoriana establece para las contrataciones por situaciones de emergencia.

Segunda Pregunta:

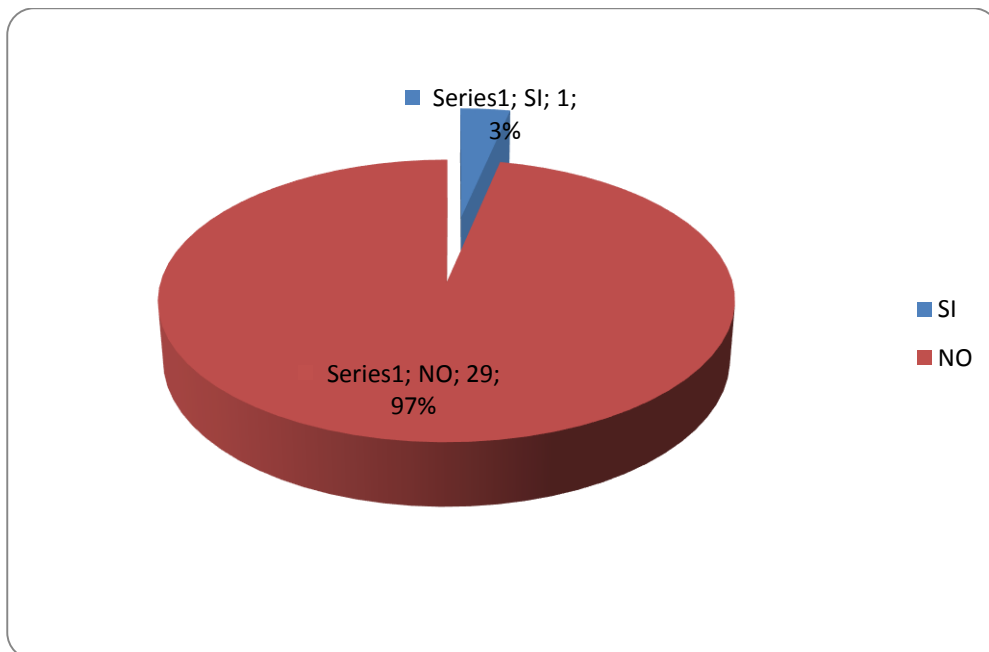
2. ¿Cree usted que el procedimiento establecido para contrataciones en situaciones de emergencia, garantiza la igualdad de participación entre proveedores? SI () NO ().

CUADRO NRO. 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	3%
NO	29	97%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a Abogados y Doctores en Jurisprudencia
ELABORACIÓN: Franklin Jaramillo

GRÁFICO NRO. 2



INTERPRETACIÓN.

De las respuestas obtenidas en la segunda pregunta se puede evidenciar que de los 30 encuestados, 29 de ellos, que constituye un 97% de la muestra, consideran que el procedimiento establecido para contrataciones en situaciones de emergencia, garantiza la igualdad de participación entre proveedores nacionales y extranjeros.

ANÁLISIS.

Los datos que hemos obtenidos a través de la segunda pregunta de la encuesta, nos permiten entrever que sin duda de la concepción y análisis que los profesionales han realizado a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la parte pertinente a las contrataciones en situaciones de emergencia, conlleva a una idea generalizada casi en su totalidad de que a través de éste procedimiento se está atentando contra el principio de igualdad, transparencia y trato justo, al asignar los contratos por parte de la máxima autoridad de una entidad gubernamental de manera discrecional, ya que la Ley debería exigir iguales requisitos sin distinción o en su defecto los beneficios deberían ir a favor de todos los proveedores.

Tercera Pregunta:

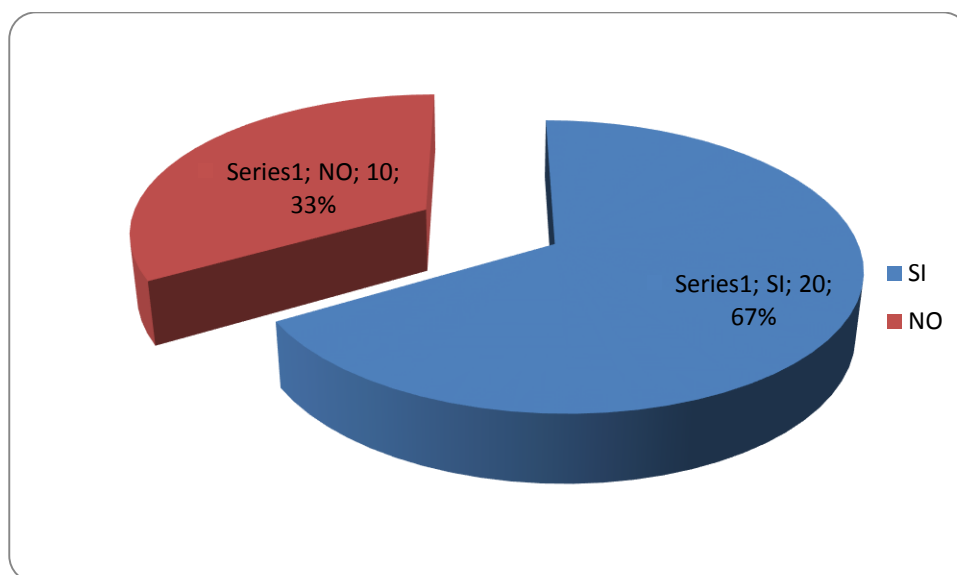
¿Cree Usted que el procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia, es vulnerable y se presta a ser mal utilizado por la discrecionalidad que poseen las autoridades administrativas competentes para realizar contrataciones de obras, bienes y servicios de manera direccionada con la finalidad de beneficiarse personalmente? SI () NO ().

CUADRO NRO. 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a Abogados y Doctores en Jurisprudencia
ELABORACIÓN: Franklin Jaramillo

GRÁFICO NRO. 3



INTERPRETACIÓN.

De los resultados obtenidos podemos manifestar que el 67% de los encuestados, esto es 20 personas consideran que el procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia, es vulnerable y se presta a ser utilizado para realizar contrataciones de obras, bienes y servicios, de manera direccionada para beneficiarse personalmente; mientras que el 33% que corresponde a 10 personas, opinan lo contrario.

ANÁLISIS.

La información que hemos obtenidos en la pregunta número tres, nos permite analizar que actualmente la normativa existente y establecida para los procedimientos de contrataciones en situaciones de emergencia, se concibe como vulnerable y que podría convertirse en muchos casos en el mecanismo perfecto para direccionar o manipular la adjudicación de contratos a beneficios de particulares, ya sean estos oferentes o ciertos funcionarios públicos que buscarían beneficios y dádivas por la adjudicación.

Cuarta Pregunta:

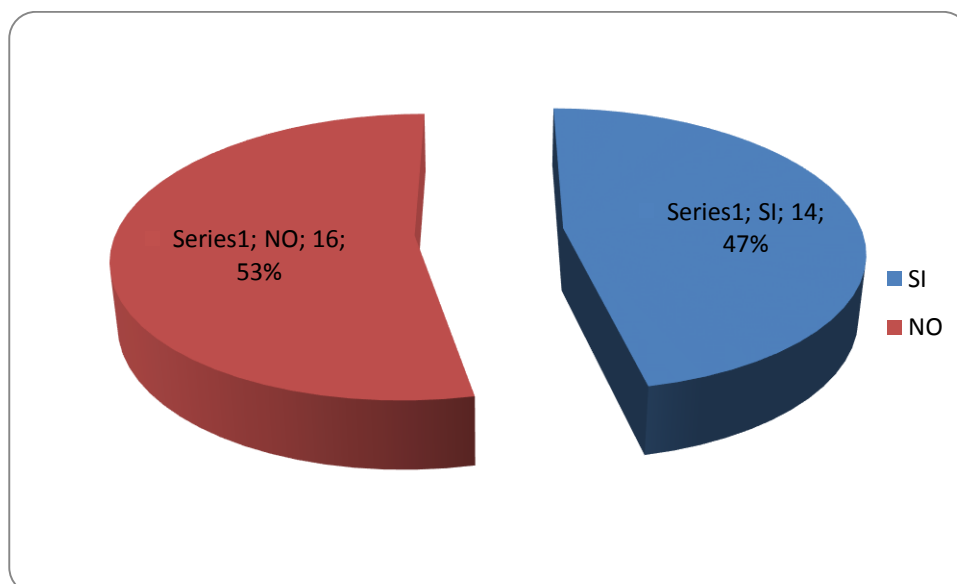
¿Considera Usted que en nuestro país las declaratorias de emergencia emitidas para contrataciones directas, tiene la suficiente motivación y justificación? SI () NO ().

CUADRO NRO. 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	47%
NO	16	53%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a Abogados y Doctores en Jurisprudencia
ELABORACIÓN: Franklin Jaramillo.

GRÁFICO NRO. 4



INTERPRETACIÓN.

De los datos obtenidos en la cuarta interrogante se puede determinar que de los 30 encuestados 16 de ellos que equivalen al 53% de los mismos, se inclinan por manifestar que las declaratorias de emergencia en nuestro país generalmente no tienen la suficiente motivación o justificación, mientras que el 47% restante opinan que sí.

ANÁLISIS.

De lo anotado se puede evidenciar que existe un criterio dividido, ya que evidentemente existirían declaraciones de emergencia que cuentan con la debida motivación y justificación en algunos casos, pero en otros casos las declaratorias de emergencia se dan para evadir pasos, requisitos y la elusión de procedimientos establecidos en la ley para las contrataciones públicas.

Quinta Pregunta:

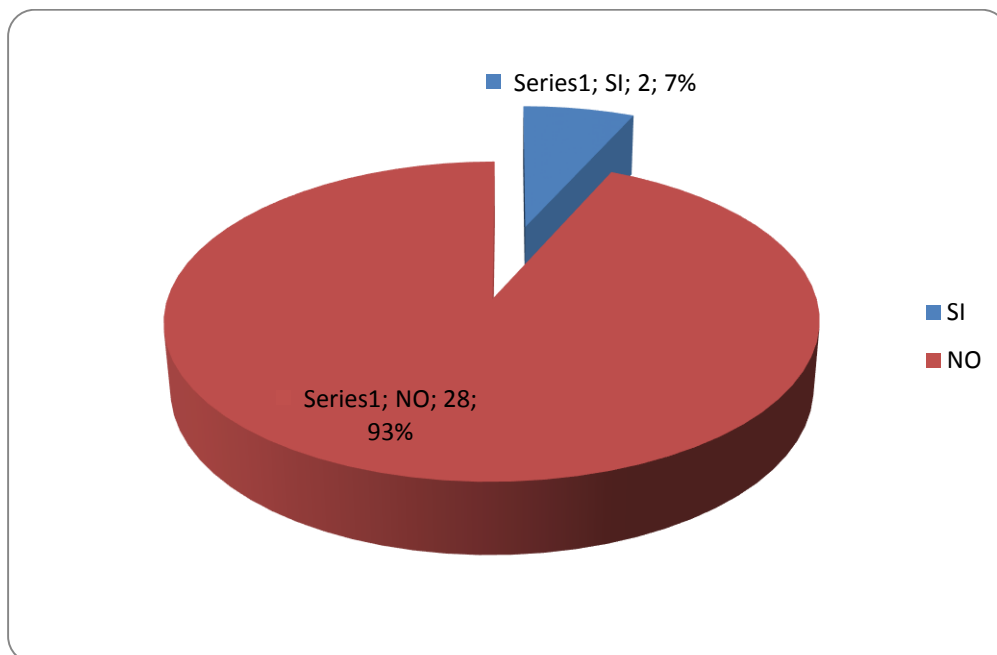
**¿Cree Usted, que la intervención de los organismos de control del Estado es oportuna y eficaz para garantizar que los procedimientos de contratación en situaciones de emergencia se realicen de forma legal y transparente? SI ()
NO ()**

CUADRO NRO. 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	7%
NO	28	93%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a Abogados y Doctores en Jurisprudencia
ELABORACIÓN: Franklin Jaramillo

GRÁFICO NRO. 5



INTERPRETACIÓN.

De los datos obtenidos en la quinta interrogante se puede determinar que de los 30 encuestados 28 de ellos que equivalen al 93% de los mismos, se inclinan por decir que la intervención de los organismos de control del Estado no es oportuna y eficaz para garantizar que los procedimientos de contratación en situaciones de emergencia se realicen de forma legal y transparente; y el 7% restante considera que sí es oportuna la intervención de los organismos de control.

ANÁLISIS.

De los datos obtenidos podemos deducir que la intervención de los organismos del Estado en nuestro país no es oportuna en los casos de contrataciones en situaciones de emergencia, ya que el control de éste tipo de procedimientos se lo realiza luego de ejecutado y adjudicado, y por ende luego de haberse vulnerado y evadido los principios de transparencia, igualdad, trato justo y oportunidad.

Sexta Pregunta:

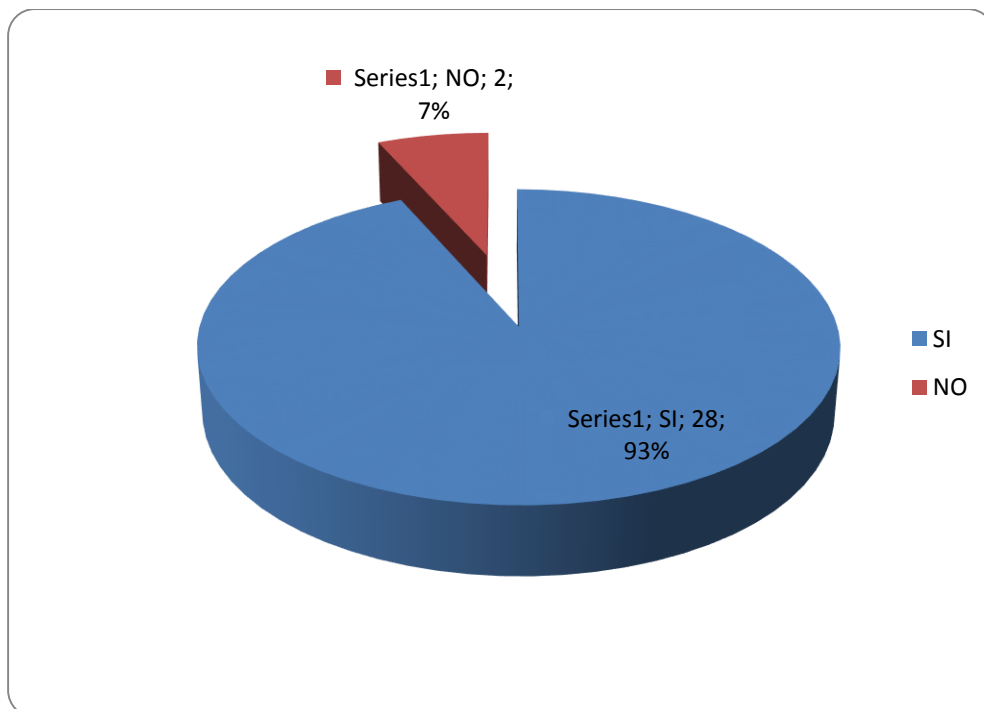
¿Cree Usted que es necesaria una reforma jurídica a la LOSNCP, tendiente a regular adecuadamente el procedimiento para contrataciones públicas en situaciones de emergencia? SI () NO ().

CUADRO NRO. 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Encuestas aplicadas a Abogados y Doctores en Jurisprudencia
ELABORACIÓN: Los Autores

GRÁFICO NRO. 6



INTERPRETACIÓN.

De los datos obtenidos en la pregunta número seis de la encuesta, hemos obtenido que el 93% de la población encuestada considera que es necesaria una reforma jurídica a la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, tendiente a que se regule de manera adecuada los procedimientos por contrataciones en situaciones de emergencia.

ANÁLISIS.

Es evidente que existe una necesidad urgente de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y de acuerdo a nuestro estudio particular, en torno al tema de las contrataciones en situaciones de emergencia. Es necesaria una reforma que regule adecuadamente éste tipo de procedimientos enfocándose de manera primordial que la normativa garantice el cumplimiento de los principios de la contratación pública.

7. DISCUSIÓN.

7.1. VERIFICACION DE OBJETIVOS

7.1.1. Objetivo General

- **Realizar un análisis crítico, jurídico y doctrinario a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador y su Reglamento para determinar el marco jurídico que regula las contrataciones en situaciones de emergencia.**

El sistema jurídico ecuatoriano en tema de contratación pública, ha sufrido algunos cambios a los largo del tiempo, todos éstos tendientes a mejorar y transparentar los procesos de contratación pública en el Ecuador. A través del presente trabajo de investigación, hemos cumplido con el objetivo general planteado en nuestro proyecto inicial, ya que en la revisión de literatura, marco teórico, doctrinario, jurídico y legislación comparada, hemos realizado una análisis crítico, jurídico y doctrinario tanto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como de su Reglamento y de ésta manera hemos podido delimitar el marco legal, conceptos, definiciones, etc. que regulan los procesos de contrataciones en situaciones de emergencia. De ésta manera se ha cumplido con el objetivo general.

7.1.2 Objetivos Específicos

- **Determinar si el procedimiento establecido en la Ley de Contratación Pública para contrataciones en situaciones de emergencia, garantiza la aplicación de los principios de contratación pública establecidos en el Art. 4 del mencionado cuerpo legal.**

A través de los resultados de la investigación de campo, específicamente en la pregunta uno, tanto de las encuestas como de las entrevistas, se ha podido verificar que el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para contrataciones en situaciones de emergencia, no garantiza la aplicación de los principios de contratación Pública establecidos en el Art. 4 de la LOSNCP. Además a lo largo de nuestro estudio, se ha evidenciado como en muchos casos en los procesos de contrataciones directas se vulneran los principios de transparencia y legalidad, ya que existen resoluciones de emergencia que no son suficientemente motivadas.

- **Analizar si la Contraloría General del Estado, con la publicación de la LOSNCP, tiene competencia para observar los procedimientos de contratación pública en especial los promulgados como emergencia**

Efectivamente, a través de nuestro estudio jurídico, crítico y doctrinario, se ha podido evidenciar que las entidad encargada de velar por el buen manejo de los recursos públicos en este caso la Contraloría General del Estado, no tiene competencia alguna para observar estos procesos en su fase precontractual, ni

puede pronunciarse en el caso de determinar una emergencia. Existen casos de contrataciones directas que han sido observados por la Contraloría General del Estado, pero luego de su ejecución es decir cuando ya se celebró su parte contractual, los motivos más frecuentes y recurrentes son debido a la falta de motivación de las declaraciones de emergencia e inclusive declaraciones de emergencia no justificadas, ya que según voceros de la Contraloría, las autoridades confunden el significado de emergencia con el de urgencia. Hemos conocido algunos casos como la contratación para mantenimiento de aire acondicionado decretado como emergente por el Banco del Estado. Es así que hemos cumplido con nuestro segundo objetivo.

- **Determinar si el procedimiento establecido para contrataciones en situaciones de emergencia, garantiza los principios de igualdad, trato justo, transparencia y legalidad entre proveedores.**

Los resultados obtenidos en nuestra investigación de campo, de manera específica en la pregunta número dos, nos han permitido verificar éste objetivo, ya que hemos determinado que la LOSNCP en el marco legal que regula las contrataciones en situaciones de emergencia, no garantiza la igualdad de participación entre proveedores, esto debido a la discrecionalidad que posee la autoridad administrativa competente, dejando en total ventaja a los proveedores que tienen mayor influencia tanto económica como de amistad. De ésta manera se comprueba nuestro tercer objetivo específico.

- **Realizar una propuesta jurídica tendiente a regular adecuadamente el procedimiento para contrataciones públicas en situaciones de emergencia.**

Luego de culminada nuestra investigación tanto teórica como práctica, procedemos a dar cumplimiento al objetivo específico planteado tendiente a realizar una propuesta jurídica para regular adecuadamente el procedimiento de contrataciones públicas en situaciones de emergencia, la misma que se enfoca primordialmente a garantizar la igualdad de oportunidades entre proveedores nacionales y extranjeros, así como también a garantizar la oportuna intervención de los organismos de control a efecto de garantizar que los procesos que se realizan por ésta modalidad cumplan con los parámetros establecidos en la ley y la suficiente motivación en los casos en que se derivan de declaratorias de emergencia.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

En la investigación se ha formulado una hipótesis que es una conjetura que se ha planteado al inicio del trabajo investigativo con el propósito de determinar las causas y los efectos del problema que se investiga, es así que una vez realizado el acopio teórico y empírico, llegando a tener resultados valederos, determinando de esta manera la existencia del problema que se investiga, es preciso en este momento realizar la contrastación de la hipótesis que fue determinada de la siguiente manera:

- **“La falta de una normativa jurídica adecuada y clara en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación pública (LOSNCPP) para las contrataciones en situaciones de emergencia, conlleva a una irregular e irresponsable aplicación de éste procedimiento a beneficio de intereses particulares”.**

Es así que basados en la bibliografía consultada, pero principalmente en la información empírica obtenida en la fase de investigación de campo, al aplicar las técnicas de la encuesta y la entrevista, se ha logrado determinar que la hipótesis se ha comprobado positivamente, pues como se determina en la misma la falta de una normativa jurídica adecuada y clara en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) para las contrataciones en situaciones de emergencia, conlleva a una irregular aplicación de éste procedimiento a beneficio de personas particulares, lo que ha podido ser comprobado a través de ésta investigación, principalmente al conocer los casos observados por la contraloría y al verificar y conocer los casos de emisión de declaratorias de emergencia de manera injustificada o sin suficiente motivación.

8. CONCLUSIONES.

Para concluir con la presente investigación y una vez que se ha realizado todo un estudio jurídico, doctrinario y empírico, nos permitimos presentar las conclusiones más importantes resultantes de nuestra investigación:

- El Art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otorga muchísimas facilidades a la autoridad nominadora al momento entregarle todas las potestades para que por medio de la resolución motivada pueda realizar la contratación directa con el oferente que el creyera conveniente, creando un vacío jurídico de desigualdad con los oferentes, lo cual conlleva a que se vulnere los principios establecidos en la LOSNCP, específicamente los principios de igualdad, trato justo, transparencia.
- El actual procedimiento de contratación pública en situaciones de emergencia, se torna vulnerable a ser utilizado para contrataciones de obras, bienes y servicios, de manera direccionada o a beneficio personal de personas particulares, lo cual vulnera el principio de transparencia, igualdad y trato justo.
- Las declaratorias de emergencia emitidas para contrataciones directas, no tiene la suficiente motivación y justificación por parte de las instituciones contratantes y en muchos casos son utilizadas para la elusión de procedimientos.

- Varias de las autoridades nominadoras y asesores de estos a nivel nacional, confunden la emergencia con la urgencia lo que provoca una total violación de la LOSNCP.

- La intervención de los organismos de control del Estado no es oportuna y eficaz para garantizar que los procedimientos de contratación en situaciones de emergencia se realicen de forma legal y transparente.

- Es necesaria una reforma jurídica a la LOSNCP, tendiente a regular adecuadamente el procedimiento para contrataciones públicas en situaciones de emergencia.

9. RECOMENDACIONES.

Creemos pertinente y necesario, luego de haber concluido con la presente investigación plantear las siguientes recomendaciones:

- Que las Autoridades o Representantes legales de entidad públicas, deberán sustentar y motivar correctamente las declaratorias de emergencia para realizar contrataciones directas, diferenciando siempre la urgencia de la emergencia, con la finalidad de evitar inconvenientes posteriores con los organismos de control estatal.
- Los Organismos de Control deben implementar mecanismos que permitan supervisar y vigilar de manera oportuna las contrataciones en situaciones de emergencia, a fin de precautelar la utilización innecesaria y malintencionada de éste procedimiento.
- Que cuando en los contratos de emergencia, la máxima autoridad contrate de manera directa, se solicite las mismas garantías que en los demás procedimientos al momento de suscribir el contrato, para que existe igualdad y trato justo con los contratistas, quienes deben hacerlo al momento de la firma del contrato.
- Que el Estado ecuatoriano, por intermedio del SERCOP, realice capacitaciones continuas para socializar la aplicación de la LOSNCP, su reglamento y resoluciones relacionadas, con la finalidad de que tanto las

entidades contratantes como los proveedores, tengan pleno conocimiento de la correcta aplicación de ésta legislación.

➤ Que se realice una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tendiente a mejorar el procedimiento establecido en el Art. 57 para las contrataciones en situaciones de emergencia.

➤ Por último sugiero que se considere la propuesta de reforma que a continuación se detalla.

9.1. PROPUESTA JURÍDICA DE REFORMA.

Al concluir el presente trabajo investigativo, me permito proponer una propuesta de reforma legal a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

PROYECTO DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR.

**LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR.**

CONSIDERANDO:

QUE: Es deber del Estado proteger a la sociedad y precautelar los intereses de sus instituciones a través de la creación o actualización de leyes que eviten inconvenientes jurídicos, perjuicios económicos, corrupción y que tales leyes sean claras y objetivas.

QUE: Es indispensable reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de ir eliminando las incongruencias existentes y de esta manera evitar inconvenientes jurídicos, perjuicios económicos a los oferentes y corrupción.

QUE: En ejercicio de las facultades Constitucionales y legales que le concede el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

**LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Sustitúyase el artículo 57, por el siguiente:

“Artículo 57.- Procedimiento.- Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación, la misma que deberá ser remitida a la Contraloría General del Estado.

De encontrarse inconsistencias o de no ser procedente la declaratoria de emergencia, la Contraloría General del Estado podrá observarla dentro del término de 48 horas. En caso de no existir observación alguna, dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.

Una vez publicada la resolución en el portal de compras públicas, la entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá inclusive contratar con empresas extranjeras las que deberán cumplir los requisitos previos de domiciliación y de presentación de garantías.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.”

DEROGATORIAS:

- 1) Deróguense todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley.

Dada, en el Distrito Metropolitano de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador a los 28 días del mes de Abril de dos mil catorce.-

.....

PRESIDENTE

.....

SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA.

- Corporación de Estudios Y Publicaciones. (2008): Constitución de la República del Ecuador, Quito-Ecuador.
- Corporación de Estudios y Publicaciones, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador.
- Corporación de Estudios del Ecuador. (2006): Código Civil, Quito-Ecuador.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. (2009): Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional De Contratación Pública, Quito-Ecuador.
- Real Academia Española. (1999): Diccionario Jurídico Espasa, Lex, Editorial Espasa Calpe S.A, Madrid-España.
- PÉREZ, Efraín. Los Procedimientos de Contratación Pública. Editoriales y Publicaciones Nacionales Quito-Ecuador.
- DICCIONARIO JURÍDICO EDUCATIVO, Colección Anbar, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Quito-Ecuador, 2010.

- <http://definicion.de/Emergencia/>

- CABANELLAS, Guillermo.- Diccionario de derecho Usual, Tomo IV, 1997 Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires.

- FIORINI, Bartolomé.- Derecho Administrativo.- Tomo I; Ed. AbeledoPerrot; 1996; Buenos Aires.

- http://es.wikipedia.org/wiki/Caso_fortuito

- [http://es.wikipedia.org/wiki/Definici3n de Contrato.](http://es.wikipedia.org/wiki/Definici3n_de_Contrato)

- DROMI, Roberto.- Derecho Administrativo, NovenaEdici3n, 2001.

- JEZE, Gast3n.- Servicios P3blicos y contratos administrativos.- Volumen 3.- Editorial PLIDEL S.A. 2008.

- Reportaje a Roberto Dromi: 'La contrataci3n P3blica y sus fases"', Gente (revista), 6 de julio de 2009.

- DROMI Jos3, citado en el libro Derecho Administrativo de Efra3n P3rez.

- López William. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador.

- [www.normativas de compras públicas/Chile compra](http://www.normativas.de.compras.públicas/Chile.compra).

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

Proyecto de Tesis previa a la
Obtención del Título de Abogado

TEMA:

“EL PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ART. 57, VULNERA PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO EL DE TRATO JUSTO, IGUALDAD Y TRANSPARENCIA, YA QUE CONSIENTE A LA AUTORIDAD NOMINADORA ACTUAR DE MANERA DICRESIONAL Y POR ENDE PERMITE DIRECCIONAR CONTRATOS.”

POSTULANTE:

FRANKLIN GIOVANNY JARAMILLO LAGOS

TEMA.

“EL PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA ESTABLECIDO EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ART. 57, VULNERA PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO EL DE TRATO JUSTO, IGUALDAD Y TRANSPARENCIA, YA QUE CONSIENTE A LA AUTORIDAD NOMINADORA ACTUAR DE MANERA DICRESIONAL Y POR ENDE PERMITE DIRECCIONAR CONTRATOS.”

2.- PROBLEMÁTICA.

Sin duda el sistema de contratación pública del Ecuador, hace algunos años atrás se encontraba regido por una legislación obsoleta que no respondía a la realidad actual y sobre todo no prestaba las garantías de cumplimiento de los principios de la contratación pública, de manera especial los de legalidad, igualdad, transparencia y trato justo. Es así que ante una necesidad imperante de transparentar la contratación pública en el Ecuador, se expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador (LOSNCP) en el mes de agosto del 2008, que rige desde entonces al sistema de contratación pública ecuatoriano, el cual además se sustenta en el Reglamento General a la Ley (RGLOSNCP), algunos decretos ejecutivos expedidos por el Presidente de la República, y las resoluciones externas emitidas por el INCOP (Instituto Nacional de Contratación Pública) y el mismo que tiene competencia legal para actuar de esa manera.

Si bien esta ley ha mejorado en gran parte los problemas que existían en el sistema de contratación pública, el tiempo que la misma se encuentra en vigencia ha sido suficiente para determinar que algunos de los problemas aún continúan, la falta de aplicación y respeto a las normas constitucionales y legales, ha sumergido a nuestro país en un proceso de transición que no termina en ciertos tipos de contratación. Son evidentes y constantes las inquietudes y dudas que invaden a algunos proveedores del estado sobre la legalidad de los procedimientos de contratación pública, entre los cuales destacan las contrataciones en situaciones de emergencia, ya que desde la vigencia de la Ley, el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), ahora SERCOP, ha detectado irregularidades en gran cantidad de compras realizadas a través de su portal por varias entidades públicas, basada en resoluciones de emergencia injustificadas; obviamente debido a que las contrataciones por declaratorias de emergencia son “directas”, con lo cual se obvian procesos de contratación y se corre el peligro de que sean utilizadas para contratar a dedo e inclusive con preferencia a proveedores extranjeros, dejando en desigualdad de oportunidades a los proveedores nacionales. Ante ésta realidad social nos preguntamos: ¿podemos afirmar que la actual normativa vigente de contratación pública, brinda garantías al proveedor nacional para acceder a procesos de contratación con un trato justo e igualdad de oportunidades frente a proveedores extranjeros, en los casos de contrataciones en situaciones de emergencia?, ¿probablemente la legislación vigente adolece de vacíos jurídicos en cuanto al procedimiento establecido para contrataciones en situaciones de emergencia, los que son aprovechados para el interés particular y beneficio personal de algunos funcionarios del Estado?, ¿la intervención de los organismos de control del

Estado es oportuna y eficaz para garantizar que los procedimientos de contratación en situaciones de emergencia se realicen de forma legal y transparente?. Estas son algunas de las muchas interrogantes que surgen al realizar un sucinto análisis del marco legal que rige a las contrataciones en situaciones de emergencia en el Ecuador.

De éste breve pero responsable análisis realizado a la legislación vigente que rige el sistema de contratación pública en el Ecuador, pero sobre todo del análisis realizado a las inquietudes y real situación de la sociedad actual frente al procedimiento establecido para la contratación en situaciones de emergencia, nuestro grupo de investigación ha determinado que existe un problema que requiere especial interés, como lo es la necesidad de reformar el Art. 57 de la LOSNCP, para garantizar los principios de transparencia, igualdad y trato justo en las Contrataciones en situaciones de emergencia.

3.- JUSTIFICACIÓN

El desarrollo de nuestro país se logra gracias a la contribución que las Universidades entregan a través de la investigación y como egresado de la Carrera de Derecho, Modalidad de Estudios a Distancia, planteo la necesidad de analizar y estudiar esta nueva normativa que abarca la Contratación Pública de nuestro país, en el cual están inmersas todas las instituciones públicas de acuerdo al ámbito de esta Ley.

La presente investigación tiene acierto e importancia porque trata de un problema jurídico. Asimismo, como egresada de la Carrera de Derecho de la Universidad

Nacional de Loja estoy en la obligación de contribuir y aportar para hacer de nuestra sociedad más justa, equitativa y valedera en el campo jurídico, evitando que día a día este inmersa en la injusticia y el abandono.

Es por este motivo que me he propuesto como principal objetivo el plantear que la normativa de contratación pública, sea reformada en la parte pertinente al procedimiento establecido para contrataciones en situaciones de emergencia con la finalidad de garantizar que éste tipo de procesos se dé respetando los principios de la contratación pública, de manera primordial los de trato justo, igualdad, legalidad y transparencia.

Así mismo, el proceso investigativo me permitirá adentrarme en el tema planteado, conocer tanto en forma teórica como práctica los aspectos relacionados con el problema objeto de estudio, para finalmente lograr los objetivos que me he trazado. Estoy segura de que con el presente trabajo investigativo de carácter científico jurídico contribuiré para que otros estudiantes cuenten con una guía para futuras investigaciones.

4.- OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Realizar un análisis crítico, jurídico y doctrinario a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador y su Reglamento para tratar de determinar las carencias de carácter jurídico que rigen para los procedimientos

de contratación en situaciones de emergencia.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar si el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para contratar en situaciones de emergencia, garantiza la aplicación de los principios de contratación pública establecidos en el Art. 4 de mencionado cuerpo legal.
- Conocer y analizar casos reales observados por la Contraloría General del Estado, por contrataciones públicas basadas en resoluciones de emergencia injustificadas.
- Realizar una propuesta jurídica de reforma tendiente a regular adecuadamente el procedimiento para contrataciones en situaciones de emergencia.

5.- HIPÓTESIS.

La falta de una normativa jurídica adecuada y clara en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación pública (LOSNC) para ejecutar las contrataciones en situaciones de emergencia, conlleva a una irregular e irresponsable aplicación de éste procedimiento a beneficio de intereses personales y de terceros.

6.-MARCOTEÓRICO

6.1.- Antecedentes de la Contratación Pública en el Ecuador.

La contratación pública tiene su origen en el Estado ecuatoriano en el año de 1830, no obstante su avance paulatino se desarrolló con la primera Ley de Licitaciones de 1964, sin embargo, es en 1990 donde se hace mención disponer de un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la Contratación Pública para solucionar las dudas y vacíos de leyes anteriores, esta fue la denominada Ley de Contratación Pública, la misma que fue reformada en el 2003 y derogada en agosto de 2008, para ser sustituida por la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida en el Registro Oficial Nro. 395 de 4 de agosto de dos mil ocho, constituye la base del Sistema Nacional de Contratación Pública, integrado por un cuerpo normativo y una entidad reguladora.

El Presidente de la República expidió el Reglamento General de la LOSNCP mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Suplemento del R.O. 399, de 8 de agosto de 2008, reformado por Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial 588 de 12 de mayo de 2009.

Por disposición de la Ley y el Reglamento General, se dispone que el INCOP sea el Órgano Rector del Sistema Nacional de Contratación Pública con capacidad

normativa para ejercer sus atribuciones; instancia que propone un cambio de concepto de corte radical, en cuanto al régimen de compras públicas.

Este sistema trae consigo nuevas reformas como es el uso de procedimientos electrónicos y herramientas, los principios, normas, mecanismos, hechos que no solamente modernizan la contratación administrativa, sino que se adaptan a la sociedad moderna, al sistema de globalización, temas que si bien dan un avance, pero no es lo suficiente, ya que existen incongruencias, tanto en la Ley como en su Reglamento de Contratación Pública, que necesitan ser analizadas, para buscar soluciones, que ayuden a mejorar y tener una norma eficaz, eficiente, que permita cumplir con el fin que tiene la Administración Pública como es satisfacer las necesidades colectivas e institucionales y así evitar falencias, que pueden afectar a las partes contratantes, y que se profundice en su tratamiento, análisis, en su búsqueda de su mejoramiento.

6.2.- Conceptos de Contratación Pública.

El artículo 1453 del Código Civil Ecuatoriano dispone que “contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”⁴²

El contrato típico de Derecho Público es el Contrato Administrativo, es decir, el celebrado entre la Administración Pública y un particular o entre dos órganos administrativos con personalidad de Derecho Público.

Para Forsthoff, Ernst: en su Tratado de Derecho Administrativo, establece que son “Todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones

⁴²Código Civil del Ecuador; Art. 1453.

estatales por medio de las funciones de creación normativa y ejecutiva que se complementan por actos jurídicos bilaterales en forma de contratos, convenios, acuerdos, etc., todos los cuales tienen de común el emanar la manifestación de una voluntad coincidente de las partes”⁴³

Para Jeze, Gastón en su libro “Servicios Públicos y contratos Administrativos” establece que “Son contratos administrativos los realizados por la administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y se rigen por reglas especiales distintas a las aplicables a las relaciones de los particulares entre sí”⁴⁴

Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, “se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción a compra”⁴⁵. (Art. 6, numeral 5, de LOSNCP).

Son entonces los Contratos Administrativos, en general, aquellos en que intervienen la Administración Pública en cualquiera de sus esferas, además, para que el contrato sea administrativo deben tener por objeto la satisfacción directa de una necesidad pública. Por lo que son elementos característicos del Contrato Administrativo, por un lado, el interés general como causa del mismo, el servicio público como el objeto, la forma como requisito esencial, la desigualdad de las

⁴³FORSTHOFF; TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Pág. 32.

⁴⁴JEZE GASTON, SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

⁴⁵LOSNCP; Art.6, numeral 5.

partes, la jurisdicción especial y la especialidad legal.

6.3.-Principios de Contratación Pública.

El Art. 4 de la LOSNC especifica: “Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”⁴⁶.

6.4.-Contratación en Situaciones de Emergencia.

Para la realización de este tipo de contratación debe existir la necesidad urgente de realizar una contratación, que requiera la ejecución o la reparación urgente de una obra, por caso fortuito o por situaciones naturales que demanden actuaciones de igual magnitud.

En el artículo 6 numeral 31 de la LOSNCP determina sobre la situaciones de emergencia, lo siguiente: “Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”⁴⁷.

Por lo que corresponde a la autoridad de la entidad pública que pretenda realizar

⁴⁶ LOSNCP; Art. 4

⁴⁷ LOSNCP; Art. 6, numeral 31.

este tipo de contratos, establecer mediante resolución debidamente motivada las condiciones por las cuales se ha de realizar el contrato, para superar las situaciones de emergencia que requieran de una acción rápida y prioritaria. La declaratoria de emergencia, implica una mayor responsabilidad para las autoridades de entidades públicas pues superada la emergencia deberán responder por sus actos u omisiones.

Para la contratación en situaciones de emergencia se debe tomar en cuenta los siguientes procedimientos determinados en el artículo 57 de la LOSNCP, que se pueden resumir en lo siguiente:

“- La existencia de resolución motivada por parte de la autoridad de la entidad pública que justifique la contratación en situación de emergencia.

Este tipo de contratación se puede realizar de manera directa, a fin de superar la emergencia, ya sea obras, bienes y servicios, bajo responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad pública contratante. De igual forma estos contratos se pueden celebrar con empresas extranjeras, sin requerir previamente la domiciliación ni la presentación de garantías, las cuales se presentarán con la suscripción del contrato.

- Finalmente la máxima autoridad deberá publicar un informe en el portal de compras públicas, sobre las contrataciones originadas producto de la situación de emergencia así como el presupuesto, y los resultados derivados de dicha contratación.”⁴⁸

⁴⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; Art. 57

7.- METODOLOGÍA

El desarrollo del presente proyecto previa delimitación del tema, se orienta primeramente a organizar los contenidos en cuanto a su origen, causas y consecuencias, bajo la siguiente metodología:

MÉTODO CIENTÍFICO: Este método servirá para orientarme a descubrir, demostrar y verificar los conocimientos científicos, base para realizar una investigación, ayudará para la sustentación teórica de la investigación.

MÉTODO DEDUCTIVO: Este método permitirá realizar la fundamentación del marco teórico y así definir conceptos, clasificaciones y la problematización a partir de lo general de algunas teorías.

MÉTODO INDUCTIVO: Es el proceso de aplicación mediante la observación directa hasta llegar a una concepción de las necesidades que se presentan del tema a estudiar.

MÉTODO ANALÍTICO: Permitirá separar alguna de las partes del todo para someterlas a estudio independiente. Posibilita estudiar partes separadas de este, como poner al descubierto las relaciones comunes de todas las partes y, de éste modo, captar las particularidades y desarrollo del objeto.

MÉTODO SINTÉTICO: Me permitirá rehacer o reconstruir toda la variedad de las mutuas vinculaciones del objeto como un todo concreto, este método se utilizará en el desarrollo de la investigación

MÉTODO COMPARATIVO: Se refiere al procedimiento de la comparación sistemática de casos de análisis que en su mayoría se aplica con fines de generalización empírica y de la verificación de hipótesis. Cuando los datos particulares que se presentan permiten establecer comparaciones que llevan a una conclusión por semejanza.

TÉCNICAS:

TÉCNICA DE LA OBSERVACIÓN: Ayudará a tener una noción clara del problema de estudio.

TÉCNICA DE LA ENCUESTA: A través de la cual se aplicarán 30 encuestas, a profesionales del Derecho y funcionarios públicos que estén relacionados con el tema de la Contratación Pública en nuestro medio.

8.- CRONOGRAMA.

ACTIVIDADES	AÑO 2014 -2015													
	OCTUBRE				NOV.				DICIEMBR				ENERO	
Selección del problema y del tema	X													
Elaboración de marco referencial, objetivos e hipótesis		X												
Elaboración del proyecto			X	X										
Trabajo de campo					X	X	X							
Aplicación de encuestas								X	X					
Tabulación de resultados									X					
Elaboración del informe final										X	X	X	X	X
Socialización y presentación del informe final														X

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.

Para la ejecución de esta investigación requeriré de los siguientes recursos:

9.1. RECURSOS HUMANOS.

AUTOR (A): FRANKLIN GIOVANNY JARAMILLO LAGOS.

DIRECTOR DE TESIS: Por designarse.

POBLACIÓN INVESTIGADA: Abogados y Funcionarios Públicos que estén relacionados con la Contratación Pública.

9.2. RECURSOS ECONÓMICOS:

Materiales de escritorio:	\$ 110.00
Bibliografía:	\$ 300.00
Fotocopias:	\$ 60.00
Levantamiento de texto:	\$ 250.00
Horas de Internet:	\$ 20.00
Transporte:	\$ 50.00
Papel boom A4:	\$ 10.00
Imprevistos:	\$ 250.00

.....

TOTAL: \$ 1.050, 00

El total de gastos materiales de esta investigación asciende a UN MIL CINCUENTA DÓLARES AMERICANOS.

9.3.- RECURSOS FINANCIEROS.

Los gastos para ejecutar la presente investigación serán cubiertos por recursos económicos del autor

10.- BIBLIOGRAFÍA.

- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador.
- Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional De Contratación Pública, Quito-Ecuador.
- Real Academia Española. (1999): Diccionario Jurídico Espasa, Lex, Editorial Espasa Calpe S.A, Madrid-España.
- López Willam. (2010): Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito-Ecuador.
- FORSTHOFF; TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.
 - JEZE GASTON, SERVICIOS PÚBLICOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.
 - RESOLUCIONES EXTERNAS DEL INCOP.
 - MANUAL DE PROCEDIENTOS PRECONTRACTUALES.

INDICE

CARATULA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORIA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TITULO	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	3
3. INTRODUCCIÓN	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA	7
5. MATERIALES Y METODOS	83
6. RESULTADOS	85
7. DISCUSIÓN	98
8. CONCLUSIONES	103
9. RECOMENDACIONES	105
9.1 PROPUESTA DE REFORMA	107
10. BIBLIOGRAFIA	110
11. ANEXOS	113
INDICE	129